المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني عشر

(وبه تم الكتاب)

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

والاصل في الشهادات الكتاب والسنة والاجماع والعبرة . اما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقال تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم ـ وإشهدوا اذا تبايعتم).

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله إن هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال لا ، قال « فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لايبالي على ماحلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه الا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ـ وقال سبحانه ـ وأشهدوا ذوي عدل منكم ـ وقال جل وعز ـ وأشهدوا إذا تبايعتم) وأما السنة فروى وائل بن حجر رضي الله عنه قال جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ ـ فقال لا قال ـ فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لايبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه إلا ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال النبي ﷺ « لان حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى محمد بن عبدالله العزرمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان

ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر « لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

وروى محمد بن عبد الله العزرمي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والعزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ولان الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع اليها ، قال شريح القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين وانما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء

(فصل) وتحمل الشهادة واداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى (ولا يأب الشهداء إذا مادعوا) وقال تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وانما خص القلب بالاثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة أمانة فلزم اداؤها كسائر الامانات.

اذا ثبت هذا فان دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة وإن كانت عنده شهادة فدعي إلى أدائها لزمه ذلك فان قام بالفرض في التحمل أو الاداء اثنان سقط عن الجميع وإن امتنع الكل أثموا وانما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ،فان كان عليه ضرر

النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والعزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره الا ان أهل العلم أجمعوا على هذا قال قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم ولان العبرة تقتضي مشروعية الشهادة فان الحاجة داعية اليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع اليها قال شريح القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فافرغ الشفاء على الداء ، واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما شاهده، وقيل لان الشاهد يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لانها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين وان لم يقم بها أحد تعينت على من وجد

لقول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ـ وقال ـ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وإنما خص القلب بالإثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة امانة فلزم اداؤها كسائر الامانات وقال الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها) اذا ثبت هذا فاذا دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو عدة لزمته الاجابة قال الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) فان قام بالفرض في التحمل والاداء اثنان سقط عن الجميع، وان امتنع الكل اثموا ،وإنما يأثم

في التحمل او الاداء أو كان ممن لاتقبل شهادته او يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولانه لايلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، واذا كان ممن لاتقبل شهادته لم يجب عليه لان مقصود الشهادة لايحصل منه وهل يأثم بالامتناع اذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان.

(أحدهما) يأثم لانه قد تعين بدعائه ولانه منهي عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)

(والثاني) لايأثم لان غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع اليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرىء بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين

(أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلا أي لايضر الكاتب والشهيد من يدعوه بان لا يجيب أو يكتب مالم يستكتب أو يشهد مالم يستشهد به

(والثاني) أن يكون يضار فعل مالم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بان يقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما

واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل لان الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لانها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فان كان عليه ضرر في التحمل أو الاداء أو كان ممن لاتقبل شهادته أو يحتاج الى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لاضرر ولاضرار » وإنه لا يلزمه ان يضر نفسه لنفع غيره واذا كان ممن لاتقبل شادته لم تجب عليه لان مقصود الشهادة لايحصل منه وهل يأثم بالامتناع اذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يأثم لانه قد تعين بدعاية ولانه منهي عن الامتناع بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لان غيره يقوم مقامه فلم تتعين في حقه كما لو لم يدع اليها فاما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرىء بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (احدهما) ان يكون الكاتب فاعلا اي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد (والثاني) ان يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما

﴿ مسئلة ﴾ (قال الخرقي ومن لزمته الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

قد ذكرنا ان الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بان لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها، وان قام بها من يكفي غيره سقط عنه اداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقبل في الزنا الا اربعة رجال عدول احرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذا لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) في آي سواها وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «أربعة وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا واجمعوا على انه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً وسواء كان المشهود عليه مسلماً او ذمياً وجمهور العلماء على انه يشترط ان يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعي واصحاب الرأي وشذ ابو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد

وحكي عن عطاء وحماد انهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لانه بالشبهات يندرىء، ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

(فصل) وفي الاقرار بالزنا روايتان ذكرهما ابو بكر وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (والثاني) لا يثبت إلا بأربعة لانه موجب لحد الزنا اشبه فعله

جماعة فأداؤها واجب على الكل اذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا - وقوله تعالى - يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط - وفي آية أخرى - كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) ولان الشهادة أمانة فلزمه اداؤها كالوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الاجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين)

من له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لانها اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضاً، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجعل لان النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فاذا أخذ الرزق جمع بين الامرين فان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ألا يجوز لئلا يأخذ العوض عن اداء فروض الاعيان وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح اقامتها ولم يستحب وللحاكم ان يعرض له بالوقوف عنها في أحد الوجهين)

(مسئلة) قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال اقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان (أحدهما) العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين إلا ماروي عن عطاء وحماد أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (ان تضل إحداهما فتذكر احداهما الاخرى) وأنه لا تقبل شهادتهن وان كثرن مالم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولايصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبوعبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ماخلا الزنا الا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لانه يتعلق به اتلاف النفس فاشبه الزنا

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فاشبه القصاص في الطرف وما ذكره من الوصف لا أثر له فان الزنا الموجب للحد لا يثبت الا باربعة ولان حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الاقرار به . ويعتبر

يجوز للشاهد اقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقدم دعوى لان ابا بكرة واصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم . ولا يستحب اداؤها لقول رسول الله ﷺ «من ستر عورة ستره الله في الدنيا والآخرة» وللحاكم ان يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في اظهر الروايتين لما روى صالح في مسائله عن أبي عثمان النهدي قال جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ماعندك ياسلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان والله لقد كدت ان يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد فأمر باولئك النفر فجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي واحد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو ان لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد ﷺ وهذا تعريض ظاهر

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله اقامتها قبل ذلك)

اذا كان المشهود له يعلم له شهادة عند انسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها لماروي عن النبي ﷺ أنه قال «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون

في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والاسلام والعدالة مايعتبر في شهداء الزنا على ما سنذكره (الثاني) ماليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة واشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال، وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فاما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ان الوكالة في اقتضاء للدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة ،قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وماعداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان (إحداهما) لاتقبل فيه الاشهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق (والثانية) تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد واياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بانه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل

ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري فان كان لايعلمها استحب له إعلام صاحبها بها كالوديعة وله اداؤها قبل اعلامه لقول النبي ﷺ « الا انبئكم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها» رواه أبو داود فيتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعا بين الخبرين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية او سماع)

وجملة ذلك ان الشهادة لاتجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ماليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لان مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر

وقد روي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس؟» قال نعم قال «على مثلها فاشهد او دع » رواه الخلال باسناده في جامعه . اذا ثبت هذا فان مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لاحاجة اليها في الشهادة في الاغلب

﴿ مسئلة ﴾ (والرؤية تختص بالافعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها)

فهذا لا يتحمل الشهادة إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات الرئيسة في المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

كالحدود والقصاص وما ذكروه لايصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن احمد رضي الله عنه في الاعسار مايدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن المخارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلانا فاقة » قال احمد هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به ، وروي عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد وقال في الرجل يوصي ولا يحضره الا النساء قال أجيز شهادة النساء فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال . قال القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعي لانه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلأن لايثبت بشهادة واحد ويمين أولى قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الاموال خاصة لايقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل

وقد قال الخرقي إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه احمد وقال في شريكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين

﴿ مسئلة ﴾ (والسماع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق) ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفهما وتيقن انه كلامهما وبهذا قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك ، وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لاتجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالو رآه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

(فصل) إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً ، وان لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه احمد قال مهنا سألت احمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لايعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذا قال اشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس وإذا كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه ، والمرأة كالرجل في انه اذا عرف اسمها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها

عدلين فالعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانها لا تثبت بشاهد ويمين قولا واحداً، قال القاضي المعمول عليه في جميع ماذكرناه أنه لايثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وروى الدار قطني باسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فاشار علي في الاموال لا تعد ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره رواه الامام احمد وغيره باسنادهم

(مسئلة) قال (ولا يقبل في الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والغصب والديون كلها ومايقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر لاتثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت مايوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لاتقبل فيه شهادة النساء وكذلك مايوجبه والمال يثبت بشهادة النساء وكذلك مايوجبه

لم يشهد عليها إلا في حال حضورها، قال احمد في رواية الجماعة لاتشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها، وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فايشهد والا فلا يشهد، فاما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر إلى وجهها. قال احمد لاتشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من تيقن معرفتها ويعرف صوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ماقدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروي عن احمد انه قال لايشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها، وقال لايجوز للرجل أن يقول للرجل اشهدان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لايعرفه بتعريف غيره

وقال القاضي يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه، وقال احمد لاتشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لايدخل عليها بيتها إلا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فاما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين —إلى قوله— واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي

ولنا ماروى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

(فصل) اذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز ان يشهد بذلك؟ على روايتين (أحداهما) لا يجوز، قال أحمد في رواية حرب فيمن يري خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال في رواية يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا؟ وقال في موضع آخر اذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخا عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وان لم يحفظ، وقال أيضاً اذا كان رديء الحفظ يشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد اذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد اذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في احدى الروايتين اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يمضيه اذا لم يكن كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه في الغالب الا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعتق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك)

قال الخرقي وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة، وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر لا أعلم احداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفته اذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه، وقد قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون ابناءهم) وكذلك الولادة واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال

١) هكذا بالاصل

وفي الباب[١] عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي اسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد، ولان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولاحجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ، وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا وكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) والنزاع في الاداء، وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنايتهم وفي حق اللاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد بن عبدالله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

أصحابنا هو تسعة اشياء النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية والعزل وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولانها شهادة بعقد فاشبه سائر العقود ، وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال فاشبه الدين ، وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة اسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ الا بالسماع وقال : السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروذي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستفيضاً فاشهد اقول فاطمة بنت رسول ﷺ وان خديجة وعائشة زوجتاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة ، فان قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لايفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ماليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة على الوقف باللفظ لايصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا أنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء

(فصل) قال القاضي يجوز ان يحلف على مالاتسوغ الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على انسان وهو يعرف أنه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد في رزنامج أبيه بخطه دينا له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وانه لايكتب الا حقا فله ان يحلف عليه ولايجوز ان يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجزله أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولايحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق انما هو للحالف فلا يزور أحد عليه (الثاني) ان ما يكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلما أو كافراً عدلا أو فاسقا رجلا أو امرأة نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لايختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة

(فصل) قال أحمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ، ويروى عن أحمد فان ابى المطلوب ان يحلف ثبت الحق عليه .

وهذه جميعها لايمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخرقي وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعداً)

ذكره في المحرر لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي تقتضيه لفظة الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرته ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لايشترط فيه مايشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في كتاب المقنع الخلع فيما يثبت بالاستفاضة ولم يذكره في المغني ولا في الكافي ولا رأيته في كتاب غيره ولعله قاسه على النكاح والاولى أنه لا يثبت قياساً على الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

﴿ مسئلة ﴾ (وان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد له به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر)

إذا سمع رجلا يقول للصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا ابي فسكت الاب جاز ايضا لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به وانما أقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل غير جائز بخلاف سائر

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي، وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل.

ولنا ان البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فانهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ولان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصابا من حرزه وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به ان كان باقيا أو قيمته ان كان تالفا ولا يجب القطع لان هذه حجة في المال دون القطع، وان ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فاقام شاهداً وامرأتين اوحلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية، والفرق بين المسئلتين ان السرقة توجب القطع والغرم معا فاذا لم يثبت احدهما ثبت الآخر والقتل العمد موجبه القصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البدل مالم يوجد المبدل

وفي الرواية الاخرى الواجب احدهما لا بعينه فلا يجوز ان يتعين احدهما الا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما

الدعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الاترى انه يلحق بالامكان في النكاح؟ ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لان السكوت ليس باقرار حقيقي وانما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار

﴿ مسئلة ﴾ (وان رأى شيئاً في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقض والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك)

قال ذلك أبو عبد الله ابن حامد وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي ويحتمل ان لا يشهد الا باليد والتصرف ذكره القاضي لان اليد ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون إجارة وإعارة وغصب ووكالة وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غصب واجارة أو نحو ذلك يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا، فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم، قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجاز بالظن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي

وقال ابن أبي موسى لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين لانها شهادة على فعل يوجب الحد والمال فاذا بطلت في احداهما بطلت في الاخرى والاول أولى لما ذكرناه ، وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أوشاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لانه خطأ موجبه المال ولم يثبت قتل الاول لانه عمد موجبه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين، وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لان الجناية عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا لحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه فأقام المدعي شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لانه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتاق لان هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وان ابنها ابنه منها ولد في ملكه وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او حلف مع شاهده حكم له بالجارية لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها

مرشد وشاهدي عدل ورضاها

لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقداً صحة النكاح وهو فاسد فان شهد بعقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاها وقد ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وانه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه)

لان الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك في الحولين

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أومات من ذلك فان قال جرحه فمات لم يحكم به)

لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال شريح فمات منه أو فقتله؟ فأعاد القول الاول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

﴿ مسألة ﴾ (ومن شهد بالزنا فلا بد ان يذكر بمن زنى؟ واين زنى؟ وانه رأى ذكره في فرجها)

لان اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ماليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا

وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد باقراره لان اقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حريته أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لان من ثبتت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولي الشافعي

ولنا أنه لم يدع الولد ملكا وانما يدعي حريته ونسبه وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فانكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعي لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعت ذلك المرأة لم يثبت الا بشهادة رجلين لانها لا تقصد منه الا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك الا بهذه البينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق

تكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والاول أولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فانه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز ان يكون ما شهد به احدهما غير ما شهد به الآخر ولان الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقال ابن أبي موسى لاتقبل لان عمر قال من شهد على رجل بحد فلم يشهد حين يصيبه فانما يشهد على ضغن وقال غيره من أصحابنا تقبل لانها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالقصاص ولانه قد يعرض له ما يمنعه الشهادة في حينها ويتمكن منها بعد ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شهد بالسرقة فلابد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة) لاختلاف العلماء في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف) لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدا ان هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقولا ولدته في ملكه)

اذا ادعى عبداً انه له فشهد له شاهدان انه ابن أمته أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البينة انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدته قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها، وان قالت البينة ولدته في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لانها شهدت انها نماء ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق

والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن ابي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فاتت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فاتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فاعرض عني ثم أتيته فقلت يارسول الله انها كاذبة قال «كيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأ كثر اهل العلم لانه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبه الولادة نفسها

وقد روي عن علي رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور إلا انه من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحماد

(فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة

قلنا الفرق بينهما على تقديم التسليم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى مالو قال ملكته منذ سنة واقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال فيكون له النماء فيما مضى ، ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك وان لم يذكره فمع ذكره أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدت أنه اشتراها من فلان أو وقفها عليه او أعتقها لم يحكم بها حتى يقولا وهي في ملكه)

لما ذكرنا في المسئلة قبلها ولانه يجوز ان يبيع ويقف ويعتق مالا يملك

﴿مسئلة﴾ (وان شهد ان هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها)

لانه لايتصور ان يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيضة وكذلك الغزل والدقيق ولان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق اجزاء الحنطة تفرقت والطير هو البيض استحال فكأن البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانهما غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ماذكرنا

(فصل) وإذا مات رجل فادعي آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لايعلمان له وارثا غيره سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أولم يكونا ، وان قالا لانعلم له وارثا غيره في هذا البلد احتمل ان يسلم المال اليه واحتمل ان لايسلم اليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها)

المرأة الواحدة وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه الا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان وقال عثمان البتي يكفي ثلاث لان كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال أبو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وابو ثور لا يقبل فيه الا اربع لانها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشادة رجل »

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فجئت الى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فاعرض عني ثم ذكرت له ذلك فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه ، وروى حذيفة ان النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « يجزىء في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولانه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات

وجملة ذلك ان من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان انه وارثه لايعلمان له وارثا غيره قبلت شهادتهما وسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري، وقال ابن أبي ليلى لا يقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواه

ولنا ان هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهادة الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا ويحتمل ان لا يقبل الا من أهل الخبرة الباطنة لان عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف اهل الخبرة الباطنة فان الظاهر انه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما ان قالا لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا احتمل ان يسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالا لا نعلم له وارثاً وذكر ذلك مذهباً لاحمد واحتمل ان هذا ليس بدليل على عدم وارث سواه لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالا لا نعلم له وارثا في هذا البيت وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لانعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لاخران هذا الغلام بن هذا الميت لانعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز أن تعلم كل بينة مالم تعلمه الأخرى .

وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم وقول النبي ﷺ « وسلم شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فان شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لانه أكمل من المرأة فاذا اكتفي بها وحدها فلأن يكتفى به أولى ولان ماقبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لزمته الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

وجملته ان اداء الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها وان قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها جماعة فاداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا اثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الاخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ان تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولان الشهادة امانة فلزمه اداؤها عند طلبه كالوديعة ولقوله تعالى (ان الله

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز شهادة المستخفي)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبيء شاهدان في موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته اختاره ابو بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة » يعني انه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه وان لم يكن كذلك قبلت .

ولنا انهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سمع رجلا يقر بحق أو يشهد شاهداً بحق او سمع حاكما يحكم او يشهد على حكمه وانفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله فيمن سمع رجلا يقر بحق فالمذهب انه يجوز ان يشهد عليه وان لم يقل للشاهد اشهد علي وهي التي ذكرها الخرقي وبه قال الشعبي والشافعي، وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد ، لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه

يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) فان عجز عن اقامتها او تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له اخذ الجعل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له اخذه، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فاذا اخذ الرزق جمع بين الامرين وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ان لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن اداء فرض عين وذل اصحاب الشافعي لا يجوز اخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين

(مسئلة) قال (وما أدركه من الفعل نظرا او سمعه تيقنا وان لم ير المشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز الا بما علمه بدليل قوله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولان مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع وروي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس ؟ — قال نعم قال — على مثلها فاشهد او دع » رواه الخلال في الجامع

رواية رابعة إذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة به فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا شهد ان يشهد (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) قال إذا شهدوا وقال ابن أبي موسى إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول أشهد أني حضرت اقرار فلان بكذا ، وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز ان يشهد به والصحيح الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال فأما الشهادة على الشهادة فهي ضعيفة فاعتبرت تقويتها بالاسترعاء وذكر القاضي ان في الافعال روايتين

(احداهما) لايشهد به حتى يقول له المشهود عليه اشهد ، قال شيخنا وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالكلية فان الغاصب لايقول لاحد اشهد أني غصبت ولا السارق ولا الزاني واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم اولا ؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا غيرهم ولا بلغنا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم الدهر وحديثه أنه رد شهادة على فعل بكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك اجماعاً ولان الشاهد مخبر صادق وهذا يحصل من غير ان يقال له اشهد وكذلك ان سمع

بإسناده . إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسماع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها في الشهادة في الاغلب فأما ما يقع بالرؤية فالافعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الافعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في المبيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه الا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك وأما السماع فنوعان

(احدهما) من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والاجارة وغيرهما من الاقوال فيحتاج الى ان يسمع كلام المتعاقدين ولا نعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن انه كلامهما وبهذا قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن ابي ليلى ومالك وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى ان الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشتبه فلا يجوز ان يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعمى ورواية من روى عن ازواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

وأما النوع الثاني فسنذكره ان شاء الله تعالى في المسألة التي تلي هذا

الحاكم بحكم أو شهد على حكمه وانفاذه جاز ان يشهد على ذلك في اظهر الروايتين والاخرى لا يجوز حتى يشهده ووجههما ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين رجلين شرطا عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وقد حصل ذلك سواء اشهده أو منعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورهما وعلى الجنايات بمشاهدتهما ولا يحتاجان الى إشهاد وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) حق لآدمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسبلة والوصية لشيء من ذلك أو نحو هذا، وما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم

(فصل) اذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز ان يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً وان لم يعرف ذلك لم يجز ان يشهد عليه مع غيبته وجاز ان يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه احمد، قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذا قال أشهد إن لهذا على هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وان كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه

(فصل) والمرأة كالرجل في انه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز ان يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد فأما ان لم يعرفها فلا يجوز ان يشهد مع غيبتها ويجوز ان يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر الى وجهها قال أحمد ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ماقدمناه في المسألة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روي عن أحمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها وقال لا يجوز للرجل ان يقول للرجل انا أشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي

ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت مالم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فاشبه سائر حقوقه

ولنا انها شهادة بعتق فلا تفتقر الى تقدم الدعوى كعتق الامة وتخالف سائر حقوق الآدمي لأنه حق لله تعالى ولهذا لا يفتقر الى قبول العتق ودليل ذلك الامة وبه يبطل ما ذكروه فان قال الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا أثر له فان البيع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة الا بعد الدعوى

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً أحمر وشهد آخر أنه غصبه ثوباً أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البينة وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفا في الوقت)

متى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر انه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا ان اختلفا في زمن القتل ومكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف

يجوز ان يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه وقال احمد لا يشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل انه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها الا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ ان يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز ان يشهد عليها به

(فصل) وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر انه شهد به فهل يجوز له ان يشهد بذلك؟ فيه روايتان (أحداهما) لا يجوز ان يشهد بها قال أحمد في رواية حرب في من يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قال لا يشهد الا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد الا ان يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وان لم يحفظ، وقال ايضا اذا كان رديء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو ان يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في احدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

لم تكمل الشهادة لان ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين الا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فان هذه الشهادة تكمل ويثبت المشهود به اذا اختلفا في الزمان أو المكان، فاما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الاخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود أو شهد احدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الاخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل الشهادة والاول اصح لان كل فعل لم يشهد الا واحد على ما قدمنا، فان اختلفا في صفة المشهود به اختلافا يوجب تغايرهما مثل ان يشهد احدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابهما جميعاً لانه يكون ايجاب حق عليه بشهادة واحد ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فاما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان او الصفة ثبتا جميعاً لان كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت اثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هي؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانهما يثبتان جميعاً ان ادعاهما وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون مالم يدعه، وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشيا فقال القاضي يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا، قال شيخنا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بان يسرق عند الزوال كيسين أبيض

﴿ مسئلة ﴾ (قال وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة)

هذا النوع الثاني من السماع وهو مايعلمه بالاستفاضة وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة قال ابن المنذر اما النسب فلا اعلم احدا من اهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به اذلا سبيل الى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف احد اباه ولا أمه ولا احداً من اقاربه وقال قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) واختلف اهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال اصحابنا هو تسعة أشياء النكاح. والملك المطلق . والوقف . ومصرفه . والموت . والعتق والولاء . والولاية . والعزل . وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لاتجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع فانها شهادة بعقد فاشبه سائر العقود وقال أبو حنيفة لاتقبل الا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال اشبه الدين وقال صاحباه يقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس ولنا ان هذه الاشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة

وأسود وتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لاتعارض فعلى هـذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه ، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما بسرقته من مكان وشهد آخر بسرقته في مكان آخر أو شهد احدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاها المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له شاهد وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لانه لم يدعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه اقر له بألف اليوم أو شهد أحدهما انه باعه داره أمس وشهد آخر انه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والاقرار وكذلك كل شهادة على القول)

أما إذا شهد أحدهما انه اقر له بالف امس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم كملت البينة ، لان الالف التي شهد بها احدهما هي الالف التي شهد بها الآخر ولان الشاهدين شهدا بالف وان شهد احدهما انه باعه أمس وشهدا آخر انه باعه اليوم أو شهد احدهما انه طلقها امس وشهد آخر انه طلقها

عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على احباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع وقال مالك السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروذي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقال نعم اذا كان مستفيضا فأشهد اقول ان فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة . فان قيل يمكنه العلم في هذه الاشياء بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ماليس بملك البائع ويصطاد صيدا صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لانها مترتبة على الملك فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء قال مالك ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ الا على السماع . اذا ثبت هذا فكلام أحمد والخرقي يقتضي ان لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقول الخرقي : فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في القلب يعني حصل العلم به وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي ان يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه الى خبرهما لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرته ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لاشترط فيه مايشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع

اليوم ، فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه مالو شهد بالغصب في وقتين. ووجه قول اصحابنا أن المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد اخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد احدهما بالعربية والآخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع الا النكاح فانه كالفعل إذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعا لان النكاح امس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل .

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك القذف إذا شهد احدهما أنه قذفه غدوة وشهد الآخر انه قذفه عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أواختلفا في المكان لم يثبت القذف) لان القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر يثبت القذف لان المشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والاول المذهب

(فصل) في الشهادة على الاقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق

(فصل) فان كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبدالله بن حامد يجوز ان يشهد له بملكها وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي قال القاضي ويحتمل ان لا يشهد الا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لان اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون باجارة واعارة وغصب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو اجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا . فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجازت بالظن

(فصل) وإذا سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز ان يشهد ايضاً لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به وإنما اقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الا ترى أنه يلحق بالامكان في

أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل

ولنا ان المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ماذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له فيمضي اليهم في أوقات منفردة واماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره فان كان الاقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير وشهد الآخر أنه غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعربية أو العجمية والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضي فلا تعتبر في الشهادة والاول أصح

النكاح؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل ان لايشهد مع السكوت حتى يتكرر لان السكوت ليس باقرار حقيقي وإنما اقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما أعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار

(فصل) وإذا شهد عدلان ان فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا لانعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري وقال ابن أبي ليلى لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا ان هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهاد الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أولم يكونا ويحتمل ان لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لان عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فان الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما ان قالا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا لم تقبل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى به كما لو قالا لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لاحمد أيضاً

ولنا ان هذا ليس بدليل على عدم الوارث لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما او قالا لا نعلم له وارثا في هذا البيت

(فصل) فان شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة ويحكم بها لانه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لاتكمل الشهادة ولايحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز ان يكون ما أقر به غير ماشهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فانه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما اقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا أمكن جعل الشهادة على فعل واحد لم يحمل على اثنين كالاقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الاقرار به اثنان فان شهد احدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو اقر بغصبه منه وشهد الآخر انه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد انه اخذه من يديه ألزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فيرده إلى يده لتكون دلالتها ثابتة له قال مهنا سألت أباعبدالله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد احدهما قال أشهد ان هذه الدار لفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قل شهادتهما جائزة

﴿مسئلة﴾ (وان شهد شاهد أنه اقر له بألفين وشهد آخر انه اقر له بالف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده ان احب)

وجملة ذلك أنه اذا شهد احد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن ابي ليلى وابي يوسف ومحمد واسحاق وابي

﴿ مسئلة ﴾ قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلما بالغا عدلا لم تجز شهادته)

وجملته ان يعتبر في الشاهد سبعة شروط (أحدها) ان يكون عاقلا ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعا قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية وذلك لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ولانه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه (الثاني) ان يكون مسلما ونذ كره هذا فيما بعد ان شاء الله تعالى (الثالث) ان يكون بالغا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس و به قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رحمه الله رواية اخرى ان شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها وهذ قول مالك

لان الظاهر صدقهم وضبطهم فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لانه يحتمل ان يلقنوا قال ابن الزبير ان أخذوا عند مصاب ذلك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان وروي عن أحمد رواية ثالثة ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروى عن علي رضي الله

عبيد وحكي عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد احدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما وحكي عن ابي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه أقر بالف وشهد آخر انه اقر بألفين لم تكمل الشهادة لأن الاقرار بالالف غير الاقرار بألفين ولم يشهد بكل اقرار الا واحد .

ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كالو لم يرد احدهما على صاحبه وما ذكروه من ان كل إقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد احدهما انه اقر بالف غدوة وشهد الآخر انه اقر بألف عشيا فان الشهادة تكمل مع ان كل اقرار إنما شهد به واحد فاما ما انفرد به احدهما فان للمدعي ان يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة او لم تختلف الاسباب والصفات .

(فصل) إذا شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له الالف بالشاهدين، وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الالف والخمسمائة ولم يدخل احدهما في الآخر لانهما مختلفان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد آخران له عليه ألفين فهل تكمل البينة على ألف ؟ على وجهين)

(أحدهما) : تكمل كالتي قبلها ، (والثاني) : لا تكمل لانه يحتمل أن يكون الألف المنفرد من غير الألفين .

عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان أصحابنا لايجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام احمد باسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا انا كنا ستة غلمة نتغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق والمذهب ان شهادتهم لاتقبل في شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال — واشهدوا ذوي عدل منكم — وقال — ممن ترضون من الشهداء — والصبي ممن لايرضى وقال — ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لايأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لايخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لايقبل قوله على نفسه في الاقرار لاتقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار أوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولاتصح الشهادة منهم ولان من لاتقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ومن لاتقبل شهادته على من ليس بمثله لاتقبل على مثله كالمجنون

(الشرط الرابع) العدالة لقول الله تعالى(واشهدوا ذوي عدل منكم) ولاتقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا)فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد آخران أن له عليه ألفاً من ثمن مبيع لم تكمل البينة)

أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من ثمن مبيع أو يشهد شاهد بألف بيض وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بالف دينار والآخر بالف درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها أو يحلف مع أحدهما ويستحق ماشهد به

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفاً وقال أحدهما قضاه بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد انه أقرضه ألفاً وقال أحدهما قضاه نصفه صحت شهادتهما)

إذا شهدا ان له عليه ألفا ثم قال أحدهما قضاه نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكره أبو الخطاب وذلك بأنه شهد بأن الالف جميعه عليه فاذا قضاه بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والمنصوص عن أحمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بالف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاه منه خمسمائة افسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحت شهادته في نصف الالف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاه لانه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال اشهد بألف بل خمسمائة قال أحمد ولو جاء

التوقف عنه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه» رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان

(احدهما) من حيث الافعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته (والثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم (رافضي) يزعم ان له إماما مفترضة طاعته (وخارجي) يزعم ان الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم أن المشيئة اليه (ومرجيء) ورد شهادة يعقوب وقال ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال ابن حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين .

بعد هذا المجلس فقال أشهد انه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه اراد إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد فأما ان شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال أحدهما قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

﴿مسألة﴾ (وإن كانت له بينة بألف فقال أريد ان تشهدا لي بخمسمائة لم يجز)

وعند أبي الخطاب يجوز قال أحمد إذ شهد على الف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائتين فقال له صاحب الحق اريد ان تشهدا لي على مائة لم يشهد الا بألف قال القاضي وذلك ان على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد ان يشهد ببعض ما اشهد لساغ للقاضي ان يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب عندي يجوز بذلك لان من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد اقرضه مائة مرة وتسعمائة أخرى . قال شيخنا والاول أصح لما ذكر القاضي لان شهادته بمائة ربما اوهمت ان هذه المائة غير انني شهدت بأصله فيؤدي الى ايجابها عليه مرتين قال أحمد إذا

(الثاني) من نفسقه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفي الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة ، وذكر القاضي ابو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال احمد ماتعجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية لمعلنة وظاهر قول الشافعي وابن ابي ليلى والثوري وابي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب ابي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه

ووجه قول من أجاز شهادتهم انه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لايدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً انه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال

قال ابو الخطاب ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لاترد الشهادة به ، وقد روي عن احمد جواز الرواية عن القدري اذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا انه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية والمعنى .

(الشرط الخامس) أن يكون متيقظا حافظا لما يشهد به ، فان كان مغفلا او معروفا بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

(الشرط السادس) أن يكون ذا مروءة (الشرط السابع) انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى

قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا ان يقول اشهدوني على مائة ومائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان

(فصل) قال أحمد إذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز ان يحمل مطلق العقد على ذلك جاز ان تحمل الشهادة عليه

(فصل) إذا شهد شاهد انه باعه هذا العبد بالف وشهد آخر انه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله ان يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فان شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فان أضافا البيع الى وقت واحد مثل ان يشهدا انه باعه هذا العبد مع الزوال بالف وشهد آخر انه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له ان يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض انما يكون مع البينتين الكاملتين

(فصل) ظاهر كلام الخرقي أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوي صحيحة اذا اجتمعت هذه الشروط وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور واختاره ابو الخطاب

وقال الامام احمد أخشى ان لاتقبل شهادة البدوي على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لاتقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب ابي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقين في الجراح احتياطا للدماء ، واحتج أصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لاتجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل عن أن يشهد قرويا وأشهد بدويا . قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء في الدين

ولنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب انه لايكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

﴿ باب شروط من تقبل شهادته ﴾

وهي ستة أحدها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل الا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبوعبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان اصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد . وروى الامام احمد باسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا انا كنا ست غلمة نتغاط فغرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثالثة ان شهادتهم لاتقبل إلا في الجراح اذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول مالك لان الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق لانه يحتمل ان يلقنوا . قال ابن الزبير ان اخذوا عند مصاب

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعدل من لم تظهر منه ريبة وهذا قول ابراهيم النخعي واسحاق)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله قال القاضي يكون ذلك في الدين والمروءة والاحكام ، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فان الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن ، جاء عن النبي ﷺ انه قال:

إن تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما ؟

أي لم يلم فان لا مع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم إن يلم بالذنب ثم لا يعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين

وروى ابو بكرة أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — وكان متكئاً فجلس فقال — ألا وقول الزور وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت . متفق عليه

قال احمد ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله واذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

ذلك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) والصبي لا يرضى وقال جل وعز (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فاخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار اوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق

(والثاني) العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخنق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعا قال ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر او صغر لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله فاما من يخنق في الاحيان اذا شهد في حال افاقته فتقبل شهادته لانها شهادة من عاقل أشبه من لم يخنق

وقد روي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغائر فان كان مصراً عليها ردت شهادته وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم امكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) من الافعال كالاكل في السوق يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعنى به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بما ضعته أهله ونحو هذا من الافعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته لان هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله، قال احمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدري قال قال رسول الله ﷺ « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى « إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعنى من لم يستح صنع ما شاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

(الثالث) الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس نص عليه أحمد قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لقيامها مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بان النبي ﷺ أشار وهو جالس الى الناس وهم قيام « ان اجلسوا فجلسوا »

ولنا انها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق لان الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بايماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما اكتفي باشارته في احكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا وما استدل به ابن المنذر لا يصح فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام وعمل باشارته الى الصلاة ولو شهد الناطق بالاشارة والايماء لم تصح شهادته اجماعا فعلم ان الشهادة تفارق غيرها من الاحكام ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته لان إشارته بمنزلة نطقه كما في سائر احكامه والاول اولى لانا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة ههنا

(الرابع) الاسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا اهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الوصي الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله وانها لوصية الرجل بعينه فان عثر على انهما استحقا إثما قام آخران من اولياء

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته فقال : والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختفيا به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولان المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته .

(النوع الثاني) في الصناعات الدنيئة كالكساح والكناس لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلا أتى ابن عمر فقال له اني رجل كناس قال أي شيء تكنس؟ الزبل ؟ قال : لا . قال فالعذرة ؟ قال : نعم قال منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال نعم . قال الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه . وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذي قبله . فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان

(أحدهما) لاتقبل شهادتهم لانه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذي قبله

(والثاني) تقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة

الوصي فحلفا بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ولقد خانا وكتما ويقضى لهم وعنه ان شهادة بعض اهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب

وجملة ذلك ان شهادة اهل الكتاب لاتقبل في شيء على مسلم ولا كافر الا في الوصية في السفر على مانذكره ذكره الخرقي ، وروى ذلك عن احمد نحو من عشرين نفسا وممن قال لاتقبل شهادتهم الحسن وابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك وابو ثور ونقل حنبل عن احمد ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطأه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه ابو بكر هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على روايتين قال ابوحفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في النسب إذا ادعى احدهم ان الآخر اخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من اهل العلم إلى ان شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري وابي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر ان النبي ﷺ اجاز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم

في وقتها ويصليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحداً واما الحيائك والحارس والدباغ فهي اعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة وذكرها أبو الخطاب في جملة مافيه وجهان

وأما سائر الصناعات التي لادناءة فيها فلا ترد الشهادة بها الامن كان منهم يحلف كذباً أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لايتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتوق ذلك ردت شهادته

(فصل) في اللعب كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وماخلامن القمار وهو اللعب الذى لاعوض فيه من الجانبين ولامن احدهما فنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فأما المحرم فاللعب بالنرد وهذاقول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم

ولنا ماروى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالنردشير فقدعصي الله ورسوله» وروى بريدة ان النبي ﷺ قال «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» رواهما ابو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم

اذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذاقول

إلى قوله ـ ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لاتقبل شهادته على غير اهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبر يرويه اهل مجالد وهو ضعيف وان ثبت فيحتمل انه اراد اليمين فانها تسمى شهادة قال الله تعالى في اللعان (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) واما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير اهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين ، وقد روي عن معاذ رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال «لاتقبل شهادة اهل دين الا المسلمين فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم

(فصل) فأما شهادة اهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من اهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحلفان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسئلة قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزه وقضى بذلك عبد الله بن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاتقبل لان من لا تقبل شهادته في غير الوصية لاتقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر اولى واختلفوا في تأويل الآية فنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم قال المراد بقوله من غيركم اى من غير عشيرتكم ومنهم من قال المراد بالشهادة اليمين

أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي قال مالك من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) فاما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن ابي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالكا وهو قول أبي حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بان الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى المنصوص عليه فتبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) أن في الشطرنج تدبير الحرب فاشبه اللعب بالحراب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل

(والثاني) أن المعول في النرد على مايخرجه الكعبتان فاشبه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره فاشبه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله تعالى (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر . ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال احمد أصح مافي الشطرنج قول علي رضي الله عنه

ولنا قول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال خرج رجل من بني تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقد واجام فضة مخوصا بالذهب فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الاشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الاشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفهما بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما رواه أبو داود وروى الخلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لايصح لأن الآية نزلت في قصة عدي وتميم بلاخلاف بين المفسرين وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن

وروى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر باسناده ولانه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فاشبه اللعب بالنرد

وقولهم لانص فيها قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى النرد المنصوص على تحريمه . وقولهم إن فيها تدبير الحرب قلنا لايقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب أو القمار . وقولهم ان المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة

اذا ثبت هذا فقال احمد النرد أشد من الشطرنج وانما قال ذلك لورود النص في النرد والاجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . واذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالنرد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لانه محرم مثله

وقال أبو بكر إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه مايستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه فاشبه سائر المختلف فيه

(فصل) واللاعب بالحمام يطيرها لاشهادة له وهـذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لايجيز

وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ولانه لو صح ماذكروه لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لاقسامة عليهم وحملها على التحمل لايصح لأنه أمر باحلافهم ولا أيمان في التحمل وحملها على اليمين لايصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لانشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله) ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في الناسخ المنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال احمد اهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعلمهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس او خالفه

(الخامس) ان يكون ممن يحفظ فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان لان الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال ان يكون من غلطه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه لأن احداً لا يسلم من الغلط .

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (السادس) (العدالة وهي استواء احواله في دينه واعتدال اقواله وافعاله وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيئان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم وهو ان لا يرتكب كبيرة ولايدمن على صغيرة) فان الله تعالى نهى ان تقبل شهادة القاذف

شهادة صاحب حمام ولا حمام وذلك لانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة

وقد رأى النبي ﷺ رجلا يتبع حماما فقال « شيطان يتبع شيطانة » وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقد روى عبادة ابن الصامت أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فشكى اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجا من حمام »

(فصل) فاما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فمباحة لادناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعيـة ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناه من الثقاف واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدي رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت ولان في هذا تعلما للحرب فانه من آلاته فاشبه المسابقة بالخيل والمناضلة وسائر اللعب اذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالاصل إباحته فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة اذا فعله ظاهراً و تكرر منه ، وما كان منه لادناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال

فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب . ولان التحرز منها غير ممكن وجاء عن النبي ﷺ انه قال « ان تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما » اي لم يلم فان لا مع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم ان يلم بالذنب ولا يعود فيه والكبائر كل ذنب فيه حد والاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين ، وقد روى ابو بكرة ان رسول الله ﷺ قال « الا انبئكم بأكبر الكبائر الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — وكان متكئا فجلس فقال — الا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه قال احمد لا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدي زكاة ماله ، وإذا اخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة . وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في قرابة ولا ولاء » وقد رواه أبوداود « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغائر فان كان مصراً عليها ردت شهادته . وان كان الغالب من امره الطاعات لم ترد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة فاسق لقوله سبحانه وتعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » فذكر منها اظهار المعازف والملاهي

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن ابي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لايحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني الضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزماراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يانافع هل تسمع شيئاً ؟ قال فقلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا . رواه الخلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار وقالوا لو كان حراما لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأ نكر على الزامر بها قلنا أما الاول فلا يصح لان المحرم استماعها

وقال سبحانه (ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الآية والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه

وقد روي في الحديث « لاتجوز شهادة خائن ولاخائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبوعبيد وكان أبوعبيد لايرى الخائن والخائنة مختصا بامانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به واجتنابه من كبير ذلك وصغيره قال الله تعالى (انا عرضنا على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر أنه قال لايؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لايزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسق نوعان :

(أحدهما) من جهة الافعال فلاخلاف في رد شهادته (الثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً . وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبوعبيد وابو ثور قال شريك اربعة لاتجوز شهادتهم رافضي يزعم أنه له اماما مفترضة طاعته وخارجي يزعم ان الدنيا دار حرب وقدري يزعم ان المشيئة اليه ومرجىء، ورد شهادة يعقوب وقال الا ارد شهادة قوم يزعمون ان الصلاة ليست من الايمان؟ وقال ابوحامد من اصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثه اضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لايفسقون ولا ترد شهادتهم وقد اختلفت الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين

دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرما سد أذنيه وقال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وانما وجد منه السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة

وأما الانكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام . فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر. قلنا قد رواه الخلال باسناده من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لانه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين

وضرب مباح وهو الدف فان النبي ﷺ قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لانه يروى عن عمر أنه كان اذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها عمد بالدرة

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أن امرأة جاءته فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه أبو داود . ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذوراً

(الثاني) من نفسقه ولانكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية واضاف المشيئة الى نفسه فلاتقبل له شهادة وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال: وقال احمد ما تعجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعانة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الاهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي الا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولان فسقهم لايدل على كذبهم لكونهم ذهبوا الى ذلك تدينا واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال .

﴿مسئلة﴾ (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به اذا لم يتدين بالشهادة لموافقيه على مخالفيه كالخطابية.

وكذلك قال أبو الخطاب . وروي عن أحمد جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

وروت الربيع بنت معوذ قالت : دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بنى بي فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى ان قالت إحداهن وفينا نبي يعلم ما في غد فقال « دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال لانه انما كان يضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبي ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء

فاما الضرب بالقضيب فمكروه اذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لانه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف أصحابنا في الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال ابو بكر عبد العزيز والغناء والنوح معنى واحد مباح مالم يكن معه منكر ولا فيه طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه

وروي عن احمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه وقال له صالح ياأبه أليس كنت تكره هذا ؟ فقال إنه قيل لي انهم يستعملون المنكر . وممن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت عندي جاريتان

ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولانه فاسق فترد شهادته للآية

﴿مسألة﴾ (فاما من فعل شيئا من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ مالا يسكره أو اخر الحج مع امكانه ونحوه متأولا فلا ترد شهادته)

وإن فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته . ويحتمل أن لا ترد نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته .وبهذا قال الشافعي وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم، فاما ان فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي لانه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ووجه الاول انه فعل محرم على فاعله ويأثم به فاشبه المتفق على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فاما من يعتقد أنه على التراخي وبتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ماذكرنا وقيل ترد لانه

تغنيان فدخل أبو بكر فقال مزمور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ ؟ فقال رسول الله ﷺ «دعهما فانها أيام عيد» متفق عليه

وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي قال هو من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لايعجبني

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد في من مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً قال لاتباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء ، وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) قال هو الغناء .

وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهي عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وآكل اثمانهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لانعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب» والصحيح انه من قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتي له أو اتخذ غلاما أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لاينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغني الناس أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه او كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر وإن

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لقد هممت أن انظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ماهم بمسلمين ماهم بمسلمين

﴿ مسئلة ﴾ الثاني (استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصافع ، والمتمسخر ، والمغني ، والرقاص ، واللاعب بالشطرنج ، والنرد ، والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمته ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك)

المروءات اجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) في الافعال كالاكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق ويأكل والناس ينظرون اليه ولا يعني أكل شيء يسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرهما بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الافعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لان هذا سخف ودناءة فمن

لم يداوم عليه لم ترد شهادته وان فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لاترد شهادته بما لايشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ومن كان يغشى بيوت الغناء أو يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعا لانه سفه ودناءة وان كان معتبراً به فهو كالمغني لنفسه على ماذكر من التفصيل فيه .

(فصل) واما الحداء وهو الانشاد الذي تساق به الابل فمباح لابأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبدالله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة « حرك بالقوم» فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعنقت الابل فقال النبي ﷺ « لانجشة رويدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لابأس به وسائر انواع الانشاد مالم يخرج إلى حد الغناء وقد كان النبي ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره . والغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء مضموم ممدود كالدعاء والرعاء ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء

(فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال« ان من الشعر لحكما» وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجي رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدة*بانت سعاد فقلبي اليوم مبتول* في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله إني اريد ان امتدحك فقال قل لايفضض الله فاك فانشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

وقال عمرو بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال«أمعك من شعر أمية؟ قلت نعم فانشدته بيتا فقال «هيه» فانشدته بيتا فقال «هيه» حتى انشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال احمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب ، وقد روى ابن مسعود البدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ماشاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن ابي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختفيا به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لايمنع الشهادة إذا قل فهذا اولى ولان المروءة لاتختل بقليل هذا ما لم يكن عادة .

انا النبي لا كذب انا ابن عبدالمطلب

وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ويروى ان ابا الدرداء قيل له مامن اهل بيت في الانصار إلا وقد قال الشعر قال وأنا قد قلت .

يريد المرء ان يعطى مناه ويأبى الله إلا ما ارادا
يقول المرء فائدتي ومالي وتقوى الله افضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر خلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاوون) وقال النبي ﷺ « لئن يمتلىء جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلئ شعراً » رواه أبو داود وابو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :

وراهن ربي مثل ماقد ورينني وأحمى على أكبادهن المكاويا

قلنا أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر انهم في كل وادٍ يهيمون وأنهم يقولون مالا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله

﴿فصل في اللعب﴾

كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وماخلا القمار وهو اللعب الذي لاعوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فالمحرم اللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة واكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم .

ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال « من لعب بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله » . وروى بريدة أن النبي ﷺ قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه » رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم. إذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي . وقال مالك : من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باطلة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد آكد لورود النص في تحريمه وهذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه، وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب

كثيراً) ولان الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي ﷺ ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لايفعل الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة

وأما الخبر فقال ابو عبيد معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشاً فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح في أعراضهم أو التشبيب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا انه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح وأما على راويه فلا يصح فان المغازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد

وقد روي أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن ابي الصلت الحائية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم في التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير

وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر أمه فقال النعمان دعوه فانه لم يقل بأساً انما قال

وعمرة من سروات النساء تنفح بالمسك أردانها

وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالكا وأبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته وحكي ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) ان في الشطرنج تدبير الحرب فأشبه اللعب بالحراب والرمي بالنشاب والسابقة بالخيل

(والثاني) ان المعول في النرد على ما يخرجه الكعبتان فأشبه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره فأشبه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر ومر رضي الله عنه على قوم فقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه وروى واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « ان لله عز وجل في كل يوم ستمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » ولانه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصاً وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم ان فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها

فاما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلا فيهجو القبيلة باسرها . وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن ابي ليلى فخاف أن يرد شهادته فقال

إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن بحثوا عني ففيهم مباحث

فقال القاضي ومن يبحثك يا أبا دلامة وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

﴿ فصل في قراءة القرآن بالالحان ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن — وروي — زينوا القرآن باصواتكم — وقال — لقد أوتي ابو موسى مزماراً من مزامير آل داود »

وروي ان النبي ﷺ قال لابي موسى «لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » فقال ابو موسى لو أعلم أنك تسمع لحبرته لك تحبيراً

منها وأكثر اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب والقمار وقولهم ان المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشغاله بها وصدها عن ذكر الله وعن الصلاة . إذا ثبت هذا فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج انما قال ذلك لورود النص في النرد بخلاف الشطرنج . إذا ثبت هذا فقال القاضي : هو كالنرد في رد الشهادة وهو قول أبي حنيفة ومالك لاشتراكهما في التحريم وقال أبو بكر ان فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته الا ان يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق او يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه أشبه سائر المختلف فيه

(فصل) فأما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ولانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن اذى الجيران واشرافه على دورهم ورميه اياها بالحجارة ، وقد روي ان النبي ﷺ رأي رجلا يتبع حماما فقال « شيطان يتبع شيطانة » فان اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير اذى يتعدى إلى الناس فلا بأس ، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا اتى النبي ﷺ فشكا اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجا من الحمام »

وروي ان عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال « أين كنت ياعائشة ؟ » فقالت يارسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله للذي جعل في أمتي مثل هذا » وقال صالح قلت لابي « زينوا القرآن باصواتكم » مامعناه ؟ قال أن يحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به ، وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع يستغني به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته قال الراوي لولا أن يجتمع الناس علي لحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ماأذن الله لشيء كأذنه لنبي حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر * في سماع يأذن الشيخ له *

وقال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر

وكنت امرءاً زمناً بالعراق عفيف المناخ كثير التغني

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فمباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك مافي معناها من الثقاف واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي ﷺ بالحراب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالاصل اباحته فما كان فيه دناءة يترفع عنه ذووا المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ومالا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفاط والقمام والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين)

الصناعات الدنيئة كالكساح والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلا أتى ابن عمر فقال له اني رجل كناس فقال له أي شيء تكنس ؟ الزبل قال لا قال فالعذرة ؟ قال نعم قال الاجر خبيث وما تزوجت فخبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه اهل المروءات فاشبه الذي قبله فاما الزبال ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانها دناءة تجتنبها أهل المروءات فهو كالذي قبله (والثاني) يقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقتها ويصليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً ، وأما الحائك والحارس والدباغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضي احمد بن محمد البرني هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به

والصحيح ان هذا القدر من التلحين لا بأس به لانه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لنبي يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة، ثم قال يجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن افرط في المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن اصحابنا من يحرمه لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا

وقد روينا عن أبي عبد الله ان رجلا سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك ان يقال لك ياموحامد ؟ قال لا فقال لا يعجبني ان يتعلم الرجل الالحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذا، واتفق العلماء على انه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين ، وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرؤا القرآن بالحزن فانه نزل بالحزن » وقال المروذي سمعت اباعبدالله قال لرجل لو قرأت وجعل ابوعبدالله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال له يحيى اقرأ فقرأ

الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والاولى قبول شهادة الحائك والحارس والدباغ لانه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءات وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذباً أو يعد ويخالف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا ظهر في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » ذكر منها إظهار المعازف والملاهي وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي امامة قال قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني الضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر مزماراً فوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال فقلت لا قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال

فغشي على يحيى حتى حمل فأدخل ، وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى إلى طعام لم يدع اليه دخل سارقاً وخرج مغيراً » ولانه يأكل محرما ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لانه من الصغائر

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لانه فعل محرما وأكل سحتاً وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال قال رسول الله ﷺ « ان المسئلة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل اصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك فما سوى ذلك من المسئلة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم

وأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلا أو يكثر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لان ذلك دناءة وسقوط مروءة ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له

كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا الاول لا يصح لان المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه قال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فابيح للحاجة وأما الانكار فلعله كان في أول الهجرة حينما لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لانه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين (وضرب مباح) وهو الدف فان النبي ﷺ قال «اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لانه روى عن عمر انه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد الدرة

الأخذ من غير مسئلة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته كالمتزوج بغير ولي أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ترد شهادته لانه فعل مايعتقد الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به اذا تكرر، وقال أصحاب الشافعي لا ترد شهادته به لانه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ولنا أنه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فاشبه المجمع على تحريمه وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن احمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فاما من يعتقد انه على التراخي ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ماذكرنا ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانياً » وقال

ولنا ماروي عن النبي ﷺ ان امرأة جاءته فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه ابو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذوراً، وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بني بي فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفينا نبي يعلم مافي غد فقال دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين» متفق عليه فاما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لانه إنما يضرب به النساء والمخنثون، والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء. فاما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم اليه مكروه او محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بآلة لهو ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف اصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه ابو بكر عبدالعزيز إلى إباحته قال ابو بكر عبدالعزيز الغناء والنوح معنى واحد مباح مالم يكن معه منكر ولا فيه طعن فان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه، وروي عن احمد انه سمع من عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه، وقال له صالح يا أبه أليس كنت تكرههم؟ فقال قيل لي انهم يستعملون المنكر، وممن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري لماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت عندي جاريتان تغنيان فدخل ابو بكر فقال مزمور

عمر لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ماهم بمسلمين ماهم بمسلمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر اذا لم يكن غيرهم)

وجملته أنه اذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما اذا لم يوجد غيرهما ويستحلفان بعد العصر ماخانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذاقربى ولا نكتم شهادة الله انا اذاً لمن الآثمين

قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك ابن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما

وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاتقبل لان من لاتقبل شهادته على غير الوصية لاتقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد بقوله من غيركم أي من غير عشيرتكم ومنهم من قال الشهادة في الآية اليمين

الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ ؟« دعها فانها أيام عيد » متفق عليه ،وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب واختار القاضي انه مكروه غير محرم،وهو قول الشافعي وقال من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لايعجبني ، وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه قال احمد فيمن مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوي مغنية ثلاثين الفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال لاتباع إلا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى(واجتنبوا قول الزور) قال الغناء وقال ابن عباس وابن مسعود في قول الله تعالى (ومن الناس من يشتري لهو الحديث)قال هو الغناء وعن ابي امامة ان النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخرجه الترمذي وقال لانعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

وروى ابن مسعود ان النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب » والصحيح انه قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتي له او اتخذ غلامه او جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وإن كان لاينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغني للناس او كان غلامه وجاريته انما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه او كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال ان دام عليه ردت شهادته كسائر الصغائر

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الارض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بارض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب فاحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الاشعري فاخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الاشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفهما بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وانهما لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما . رواهما أبو داود في سننه

وروى الخلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على انه أراد من غير عشيرتكم لا يصح

وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وان فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أن لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت الغني او يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة ، وان كان مستتراً به فهو كالمغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصل) فاما الحداء وهو الانشاد التي تساق به الابل فمباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبدالله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة «حرك بالقوم» فاندفع ينشد فتبعه انجشة فأعنقت الابل فقال النبي ﷺ « لانجشة رويدك رفقاً بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء ، وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا ينكروا والغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء ممدود مضموم كالدعاء ويجوز الكسر كالنداء

(فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه ، وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «إن من الشعر لحكما» وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدته * بانت سعاد فقلبي اليوم متبول * في المسجد وقال له عمه العباس يا رسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

لان الآية نزلت في قضية عدي وتميم بلاخلاف بين المفسرين وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الاحاديث التي رويناها ، ولانه لو صح ماذكروه لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لاقسامة عليهم وحملها على التحمل لايصح لانه أمر باحلافهم ولا أيمان في التحمل وحملها على اليمين لايصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لانشتري به ثمناً ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله) الآية ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان

وروى ابو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال احد أهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك)

مذهب أبي عبدالله أن شهادة أهل الكتاب لاتقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ماذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفساً وممن قال لاتقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والاوزاعي ومالك

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

وقال عمر بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال « أمعك من شعر أمية ؟ » قلت نعم فأنشدته بيتاً فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب

وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى ان أبا الدرداء قيل له مامن أهل بيت في الانصار إلا وقد قال الشعر قال وأنا قد قلت

يريد العبد أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أرادا

يقول العبد فائدتي ومالي وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة العربية وللاستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاوون) وقال النبي ﷺ « لان يمتلىء أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلىء شعراً » رواه ابو داود وابو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه . يقال وراه يريه . قال الشاعر :

والشافعي وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأه الخلال في نقله هذا وكذلك صاحبه ابو بكر قال هذا غلط لاشك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على روايتين وقال ابو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري والبتي وأبي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي وروي عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحمى على اكبادهن المكاويا

قلنا أما الآية فالمراد بها من اسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر انهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالايفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين بقوله (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولان الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء لا سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو النبي ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فلآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة ، واما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشاً فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين والقدح في اعراضهم او التشبيب بامرأة بعينها بالافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا ان اريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح فان المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد ، وقد روي ان النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرها الاقصيدة أمية بن ابي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبب بعمرة بنت رواحة اخت عبد الله بن رواحة ام النعمان ابن بشير وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولاينكر وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر امه فقال النعمان فلم يقل بأساً انما قال

ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لاتقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل انه أراد اليمين فانها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير أهل دينهم لايلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين وقد روي عن معاذ ان النبي ﷺ كان لايقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم.

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها) .

أما الخصم فهو نوعان (أحدهما) كل من خاصم في حق لاتقبل شهادته فيه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصي فيما هو وصي فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه ولا المضارب بمال او حق للمضاربة ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ماأشبه هذا لانه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كالمالك ، (والثاني) العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر اهل العلم روي ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ويريد

وعمرة من سروات النساء * تنفح بالمسك اردانها

وكان عمر بن طلحة بمجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر امه فسكتوه فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها فأما لشاعر فمتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنبا رجل يهاجي رجلا فيهجو القبيلة باسرها وقد روينا ان أبادلامة ؟ شهد عند قاض فخاف ان ترد شهادته فقال

ان الناس غطوني تغطيت عنهم وان بحثوا عني ففيهم مباحث

فقال القاضي ومن يبحثك ياابا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

(فصل في قراءة القرآن بالالحان) اما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها وان حسن صوته به فهو أفضل فان النبي ﷺ قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروي « زينوا القرآن باصواتكم » وقال « لقد أوتي أبوموسى مزماراً من مزامير آل داود » فقال أبوموسى لو أعلم انك تستمع لحبرته لك تحبيراً وروي ان عائشة أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال أين كنت ياعائشة فقالت يارسول الله كنت أسمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحدا يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا » قال صالح قلت « لأبي زينوا القرآن باصواتكم » مامعناه قال ان تحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به . وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع يستغني به فاما القرآن بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته

بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل ان يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها لافسادها فراشه .

فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو المحق من اهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لان العدالة بالدين والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه وقال ابو حنيفة لاتمنع العداوة الشهادة لانها لاتخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو داود الغمر الحقد ولان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة وتخالف الصداقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لايقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه .

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لاننالو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من ابطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ويفارق مالو طرأ الفسق

وقال الراوي لولا ان تجتمع الناس إلي لحكيت لكم قراءة رسول الله ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كأذنه لنبي حسن الصوت يتغنى بالقرآن » أي يجهر به ومعنى اذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر : وكنت أمرأ زمنا بالعراق عفيف النياح كثير التغني

قال ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة وقال القاضي أحمد بن محمد البرتي : هذا قول من أدركنا من اهل العلم وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به . قال شيخنا والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ولانه لو كان مكروها لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كأذنه لنبي يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى اذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم قال يجهر والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء فاما إذا أسرف في المد والتمطيط واشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفا والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال يحرم لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا ، وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك أن يقال لك ياموحامد ؟ قال لا قال ولا يعجبني أن يتعلم الرجل الالحان إلا ان يكون حرمه مثل حرم أبي موسى قال له رجل فيكلمون قال لا كل ذا

بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لايفضي إلى ذلك بل إلى عكسه ولان طريان الفسق يورث تهمة في حال اداء الشهادة لان العادة أسراره فظهوره بعد اداء الشهادة يدل على انه كان يسره حالة ادائها وههنا حصلت العداوة بامر لاتهمة على الشاهد فيه وأما المحاكمة في الاموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ماحاكم فيه

وأما قوله ولا جار إلى نفسه فان الجار إلى نفسه هو الذي ينتفع بشهادته ويجر اليهما نفعاً كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين وشهادتهم للميت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق مالو شهد الغرماء لحي لاحجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لايتعلق بماله وانما يتعلق بذمته

فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهدا له بمال ملكا مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعاً . قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره واقراره لدعواه الحق الذي شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لانه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لعبده المأذون له في التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره وقال نص عليه أحمد

واتفق اهل العلم على انه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرءو القرآن بالحزن فانه نزل بالحزن » وقال المروذي سمعت ابا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل ابو عبدالله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى اقرأ فقرأ فغشي على يحيى حتى حمل وادخل وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصل) ولاتقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ،وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى طعاما لم يدع اليه دخل سارقا وخرج مغيراً » ولانه يأكل محرما ويفعل مافيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لانه من الصغائر ومن سأل من غير ان تحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرما وأكل سحتا واتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسئلة لا تحل إلا لاحد ثلاثة رجل اصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش ــ أو قال ــ سداداً من عيش ، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك » فأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك الا أن يكون اكثر عمره سائلا فينبغي ان ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ، فان اخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير

فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع انه اذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وانما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لايمنع قبول الشهادة كالوشهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه أو يفلس فيتعلق حقه به وانما المانع مايحصل للشاهد به نفع حال الشهادة

فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لاتنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث قلنا انما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال فانه انما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لاينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله

قلنا انما أجزناها لان الدية لاتجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة له بالمال

مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وان اخذ منها ما لايجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون واسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)

لان المقتضي لقبول الشهادة موجود وإنما ردت لوجود المانع فاذا زال المانع عمل المقتضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى (وهو الذي يقبل التوبة عن عباده) وقوله سبحانه (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيما) وقال النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لاذنب له» وقال عمر رضي الله عنه: بقية عمر المرء لاقيمة له يدرك فيه ما فات ويحيي فيه ما امات ويبدل الله سيآته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكمية فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فان كانت المعصية لاتوجب حقا عليه في الحكم كقبلة الاجنبية والخلوة بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على ان لايعود فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان واضمار أن لايعود » ومجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب حقاً عليه لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو بدله وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لايحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لاتقبل لانه يخاف أن يوسرا قبل الحول فيحملا وكذلك الخلاف في البعيد الذي لايحمل لبعده فانه لايأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته لانه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم باسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته اذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق الثلث عنها أو لكون الوصيتين بعين فهذا وأشباهه لاتقبل الشهادة فيه لان الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه

وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لاشهادة لخصم ولا ظنين . وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

عليه فان كان عليه فيها حق في البدن وكان حقا لآدمي كالقصاص وحد القذف فالمشترط في التوبة التمكين من نفسه ببذلها للمستحق وان كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود ولايشترط الاقرار به فان كان ذلك لايشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فان من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي ﷺ ذلك وان كانت معصيته مشهورة فذكر القاضي أن الاولى به الاقرار ليقام عليه الحد لانه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه .

قال شيخنا والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لما عز والمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره وكره الاقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولاسنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض المقر بالرجوع عن الاقرار وقال لهزال وهو الذي امر ماعزا بالاقرار «ياهزال لو سترت بثوبك لكان خيراً لك» وقال أصحاب الشافعي توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ماقبلها كما ورد في الاخبار مع مادلت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) وإن شهد الشريك لشريكه في غير ماهو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ماهو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر باسقاط شفعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت لحدى الوصيتين لاتزاحم الاخرى ونحو ذلك مما لاتهمة فيه قبلت لان المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضي

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجملته انه يعتبر في الشاهد أن يكون موثوقا بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا العدالة ومن يكثر غلطه وتغفله لايوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له أو بغير مااستشهد به واذا كان مغفلا فربما استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لان أحداً لايسلم من ذلك فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الاخلال بالعدالة

﴿مسئلة﴾ (ولا يعتبر اصلاح العمل وعنه يعتبر في التائب اصلاح العمل سنة)

ظاهر كلام احمد والخرقي انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح إصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الاخر يعتبر اصلاح العمل الا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويبين فيها صلاحه وهذا رواية عن أحمد حكاها أبو الخطاب لان الله تعالى قال (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فانه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ولان عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فامر ان لايكلم الا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام «التوبة تجب ماقبلها» وقوله «التائب من الذنب كمن لاذنب له» ولان المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ولان التوبة من الشرك بالاسلام ولايحتاج الى اعتبار مابعده وهو أعظم الذنوب فما دونه أولى وأما الاية فيحتمل ان يكون الاصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكرة تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولان من كان غاصبا فرد مافي يديه او مانعاً للزكاة فأداها وتاب الى الله عز وجل قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادما عليه فانه لو لم يرد التوبة لما أدى مافي يديه ولان تقديره بسنة تحكم لم يرد به الشرع والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد من عمر في حق صبيغ انما كان لانه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه اظهر التوبة تسترا بخلاف مسئلتنا وقد ذكر القاضي ان التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قال ومن علامة

« مسئلة » قال (وتجوز شهادة الاعمى اذا تيقن الصوت)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن ابي ليلى واسحاق وابن المنذر

وقال ابو حنيفة والشافعي لاتقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف عن الحسن واياس وابن ابي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة واذا أقر عند أذنه ويد الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لاتجوز شهادته على الافعال لاتجوز على الاقوال كالصبي ولان الاصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولانه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الاعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولا سبيل إلى انكار حصول اليقين في بعض الاحوال

توبته ان يجتنب من كان يواليه من اهل البدع ويوالي من كان يعاديه من اهل السنة والصحيح ان التوبة من البدعة كغيرها الا ان تكون التوبة تفعل بسبب الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة يظهر ان توبته عن اخلاص لاعن اكراه وللحاكم ان يقول للمتظاهر بالمعصية تب اقبل شهادتك وقال مالك لااعرف هذا قال الشافعي وكيف لايعرفه وقد امر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمر لابي بكرة ؟

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب)

وجملة ذلك ان القاذف اذا كان زوجا فحقق قذفه ببينة او لعان او كان اجنبيا فحققه بالبينة او بأقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولاحد ولارد شهادة وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا روي ذلك عن عمر وابي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابي الزناد ومالك والشافعي والبتي واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته اذا جلد وإن تاب، وعند أبي حنيفة لاترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه في فصلين :

قال قتادة للسمع قيافة كقيافة البصر ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما فاذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استمتاعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه اذا ثبت هذا فانه لايجوز أن يشهد إلا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به كالواشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عمي جاز أن يشهد به اذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتجوز شهادته أصلا لانه لايجوز أن يكون حاكما

ولنا ماتقدم ولان العمى فقد حاسة لاتخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ويفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما فان لم

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبي حنيفة ومالك لاتسقط الا بالجلد (والثاني) انه ان تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند ابي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وبما روى ابن ماجة باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لاتجوز شهادة خائن ولامحدود في الاسلام واحتج في الفصل الآخر بان القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق

ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لابي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعا قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم عمر توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تاب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه ان الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى . وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فان قالوا انما يعود الاستثناء الى الجملة التي تليه بدليل انه لايعود الى الجلد قلنا بل يعود إليه ايضا لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع فتجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة

يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسئلة

وإن شهد عند الحاكم ثم عمي قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لايجوز الحكم بها لانه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا انه معنى طرأ بعد اداء الشهادة لايورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت ويفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل) ولا تجوز شهادة الاخرس بحال نص عليه احمد رضي الله عنه فقال لاتجوز شهادة الاخرس قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل اذا فهمت اشارته لانها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا

فيعود الاستثناء إلى جميعها الا ما منع . ولهذا لما قال النبي ﷺ «لايؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولان الاستثناء يغاير ما قبله فعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فانه لوقال امرأته طالق وعبده حر ان لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء الى الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء الى الحكم المقصود اولى من رده الى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف قال ابن عبدالبر لم يرفعه في روايته حجة ، وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا .

وأما الفصل الاول فدليلنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة رد الشهادة والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به وتخلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر ، وقولهم إنما يتحقق بالجلد لايصح لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده هذا باطل

ولنا أنها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لايكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما اكتفي باشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ولان الحاكم لايمضي حكمه اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لايشهد برؤية خطه فلأن لايحكم بخط غيره أولى

وما استدل به ابن المنذر لايصح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل باشارته في الصلاة، ولو شهد الناطق بالايماء والاشارة لم يصح اجماعا فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الاحكام

(مسئلة) (قال ولا تجوز شهادة الوالدين وان علوا للولد وان سفل ولا شهادة الولد وان سفل لهما وان علوا)

ظاهر المذهب ان شهادة الوالد لولده لاتقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولاتقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولاجده ولا جدته من قبل أبيه وامه وان

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتي يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي ان شهادته لاترد

ولنا ان عمر لم يقبل شهادة ابي بكرة وقال له تب اقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكرة مع رد عمر شهادته

(مسئلة) (وتوبته أن يكذب نفسه وقيل ان علم صدق نفسه فتوبته أن يقول قد ندمت على ماقلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه)

ظاهر كلام احمد والخرقي أن توبة القاذف اكذابه نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر وممن قال هذا سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والشعبي وإسحاق وأبو ثور وابو عبيدة لماروي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ انه قال في قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه ولأن عرض المقذوف يلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة، وذكر القاضي ان القذف ان كان سبا فالتوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ماقلت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي قال وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب . قال شيخنا والاولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه فانه لايعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه

علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب له لان مال الابن في حكم مال الاب له ان يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه او يجربها لنفسه نفعاً قال النبي ﷺ «انت ومالك لابيك» وقال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالاتهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال اذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لاينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة

وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود واسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالاجنبي

ولنا ماروى الزهري عن عروة عن عائشه عن النبي ﷺ انه قال «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة

سواء كان القذف بشهادة او سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب ، ووجه الاول ان الله تعالى سمى القاذف كاذبا على الاطلاق بقوله سبحانه (فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله تعالى ، وإن كان في نفس الامر صادقا

(فصل) ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شي إلا في الحدود والقصاص على احدى الروايتين وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والمذهب انها مقبولة . روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما قال أنس ماعلمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والثوري وابو حنيفة والشافعي وابو عبيد لاتقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولأنها مبنية على الكمال لاتتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ، وقال الشافعي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية ، وروى عقبة بن الحارث قال : تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه

ولا ذي ضمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء »والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله لما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يريبني مارابها » ولانه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الايات فتخص به

(فصل) فأما شهادة احدهما على صاحبه فتقبل نص عليه احمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم اجد عن احمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين)فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولانها انما ردت للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في ايصال النفع الي نفسه كان اقراره عليه مقبولا وحكى القاضي في المجرد رواية اخرى ان شهادة أحدهما لاتقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق

وقال بعض الشافعيه لاتقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولايحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كاقراره على نفسه

(فصل) وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق أمهما

وفي رواية ابي داود فقلت يارسول الله انها لكاذبة فقال « وما يدريك وقد قالت ماقالت ؟ دعها عنك» ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر وقولهم ليس له مروءة ممنوع بل هو كالحر ينقسم إلى من له مروءة، ومن لامروءة له ،وقد يكون منهم العلماء والامراء والصالحون والأتقياء سئل اياس ابن معاوية عن شهادة العبد فقال أنا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب، وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبدالعزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالي كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق الا الحرية وهي لاتغير طبعاً ولا تحدث علما ولا دينا ولا مروءة ولا يقبل منهم الا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لايمكنه الخلافة لان مايصير اليه يملكه سيده فلايمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لايملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

﴿ الفصل الثاني ﴾ ان شهادته لاتقبل في الحدود وفي القصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمي ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال

(والثاني) لاتقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد والقصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وابو الخطاب فانهما ذكرا في العقوبات كلها روايتين (احداهما) تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر والثانية لاتقبل وهي

لا يزداد به. وسواء كان المشهود عليه اباهما أو اجنبيا وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابيه من الرضاعة وابنه منها وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الانفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

« مسئلة » قال (ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده)

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة لان مال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافا ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لامته بطلاق لان في طلاق امته تخليصها له واباحة بضعها له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيده لانه يتبسط في مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع ابيه

ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يندرىء بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) ان شهادة الامة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وانما تقبل في المال او شبهه والامة كالحرة فيما عداهما وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث. وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ولنا ماذكرناه في العبد ولانه اذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى

(فصل) وتجوز شهادة الاصم في المرئيات وعلى المسموعات قبل صممه اما شهادته على المرئيات فهو فيها كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز شهادته في المسموعات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الاعمى على الافعال التي رآها قبل العمى اذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز شهادة الاعمى في المسموعات اذا تيقن الصوت وبالاستفاضة)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابو حنيفة والشافعي لاتقبل شهادته ، وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف فيه عن الحسن واياس وابن أبي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة اذا أقر عند أذنه ويد الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لاتجوز شهادته على الافعال لاتجوز على الاقوال كالصبي ولأن الاصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

« مسئلة » قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة ، وعن احمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك

ولنا ان كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها فكأن كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذا ان مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فاضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له ان غلامي سرق مرآة امرأتي: لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

ولنا قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه ممن ألفه الاعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد ان يعرفهما حتي يعرف عدالتهما فاذا صح ان يعرف الشاهدين صح ان يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبول النكاح ، وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط او رآه يكتبه لم يجز ان يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز ان يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز ان يكون صوت غيره لم يجز ان يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(مسئلة) (وتجوز في الرثيات التي تحملها قبل العمى اذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لانه لا يجوز ان يكون حاكما

ولنا ما تقدم في المسئلة قبلها ولان العمى فقد حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشهادة الاخ لاخيه جائزة)

قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان شهادة الاخ لاخيه جائزة روي هذا عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري انه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لاخيه إذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه. وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لاخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالاجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى

كالصمم وفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما .

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه ولم يعرفه الا بعينه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا في المسئلة الاولى)

وهذا قول القاضي ويصنه للحاكم بما يتميز به قال شيخنا ويحتمل ان لا تقبل لان هذا مما لا ينضبط غالبا

﴿مسئلة﴾ (وان شهد عند الحاكم ثم عمي قبلت شهادته وجاز الحكم بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لانه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طرأ بعد اداء لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

﴿مسئلة﴾ (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره)

هذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً انه يحب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين

ولنا عموم الآيات فانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولان من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (أحدها)

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لانه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وماقاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر وان كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين . فاما العداوة فسببها محظور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة

«مسئلة» قال (وتجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود ، وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالمذهب انها مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما . قال انس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح واياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل

ان ولد الزنا لم يفعل قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه (والثاني) لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً وغير جائز ان يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه ولا يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكما

«مسئلة» (وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل)

تجوز شهادة المرضعة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث وكذلك شهادة القاسم على القسمة لانه يشهد لغيره فصح على فعل نفسه كما لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحاكم على حكمه بعد العزل لذلك وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

«مسئلة» (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي اذا اجتمعت الشروط) وهو ظاهر كلام الخرقي وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور وأجازه أبو الخطاب وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي اخشى ان لا تقبل فيحتمل وجهين (أحدهما) لا تقبل وهو قول جماعة من اصحابنا ومذهب ابي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقين احتياطاً للدماء واحتج اصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة رضي الله عنه عن

شهادته لانه غير ذي مروءة ولانها مبنية على الكمال لاتتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث . وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يارسول الله انها لكاذبة قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك » ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم انه غير ذي مروءة فانه كالحر يقسم الى من له مروءة ومن لامروءة له وقد يكون منهم الامراء والعلماء والصالحون والاتقياء

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال انا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب وكان منهم زياد ابن ابي زياد مولى ابن عباس من العلماء الزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيداً او ابناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق إلا الحرية والحرية لاتغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة

النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل اذا أشهد قروياً واشهد بدويا قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت الا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله والجفاء في الدين (والثاني) تقبل لان من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على اهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من اهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب ان لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدالته

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء (أحدها) قرابة الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا .

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لاتقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب لابنه لان مال الابن في حكم مال الأب له أن يتملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعاً قال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وقال « ان أطيب

لان ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب ان تقبل شهادته

(الفصل الثاني) ان شهادته لاتقبل في الحد وفي القصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لانه حق آدمي لايصح الرجوع عن الاقرار به فأشبه الاموال (والثاني) لاتقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد. وذكر الشريف وأبو الخطاب في العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين [إحداهما] تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر [والثانية] لاتقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء لان النساء لاتقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وإنما تقبل في المال أو سببه والامة كالحرة فيما عداهما فساوتهن في الشهادة وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لاتهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لاينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبدالعزيز وابو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالاجنبي

ولنا ماروى الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولاذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولاولاء» والظنين المتهم والاب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « فاطمة بضعة مني يريبني ماراجها » ولانه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به

﴿ مسئلة ﴾ (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد وهذا قول عامة اهل العلم ، قال شيخنا ولم اجد عن احمد في الجامع فيه اختلافاً وذلك لقوله تعالى (ياايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولولم تقبل لما امر بها ولانها

ولنا ما ذكرناه في العبد . وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لانهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لاتجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة في من فعل قبيحاً انه يحب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين.

ولنا عموم الآيات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (احدها) ان ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحاً يحب ان يكون له نظراء فيه ، (والثاني) انني لااعلم ماذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لايكون ثابتاً عنه وغير جائز ان يطلق مثل ان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ماذكروه فغيره اولى فانه لايجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه ومايتعدى

إنما ردت شهادته له للتهمة في ايصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل اولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في ايصال النفع الى نفسه كان اقراره عليها مقبولا وفيه رواية أخرى أن شهادة احدهما لاتقبل على صاحبه حكاها القاضي في المجرد لان شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لاتقبل شهادة الابن على ابيه في قصاص ولا حد قذف لانه لايقتل بقتله ولايحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه ابلغ في الصدق كشهادته على نفسه

(فصل) فان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق امهما لايزداد به وسواء كان المشهود عليه اباهما أو اجنبياً وتوفر الميراث لايمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وابيه وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الانفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

﴿ مسئلة ﴾ ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في احدى الروايتين)

هذا الذي ذكره الخرقي وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة والرواية الاخرى يجوز هذا وقول شريح والحسن والشافعي وأبي ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة

الحكم إلى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لايلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته ان القاذف إن كان زوجا فحقق قذفه ببينة اولعان او كان اجنبيا فحققه بالبينة او باقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولاحد ولارد شهادة ، وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون) فلن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا وروي ذلك عن عمر وابي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبدالله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابو الزناد ومالك والشافعي والبتي وإسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبدالبر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري واصحاب الرأي لاتقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند ابي حنيفة لاترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب فالخلاف معه في فصلين

وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لاتهمة في حقه ولاتقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقها من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك

ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى(وقرن في بيوتكن) وقال (لاتدخلوا بيوت النبي)فأضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى وقال تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق مرآة امرأتي : لاقطع عليه عبدكم سرق مالكم ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

﴿ مسئلة ﴾ (ولاتقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيده) .

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة لان مال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الأن يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافا ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولالأمته بطلاق لان في طلاق أمته تخليصا له وإباحة بضعها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيده لانه يتبسط في ماله وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

﴿ مسئلة ﴾ (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وسائر الاقارب والصديق لصديقه والمولى لعتيقه)

(احدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند ابي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) انه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند ابي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجه باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الاسلام » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان اجماعا قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى ابو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه ان الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى وأما الآية فهي حجة لنا فانه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي اثبات فيكون تقديره (إلا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن شهادة الاخ لاخيه جائزة وروي ذلك عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لاخيه اذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لاخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الايات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالاجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب اولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا اجيزت مع قربه كان تنبيها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لانه يجر الى نفسه نفعا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم ادلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وان كان ربما قضاه دينه منه فجر الى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين وأما العداوة فسببها محصور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالف الصداقة وتجوز شهادة المولى المعتق لعتيقه لانه لا تهمة فيه أشبه الاجنبي ولانه بمنزلة الاخ وشهادة الاخ لاخيه مقبولة كما ذكرنا

فان قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل انه لايعود إلى الجلد ، قلنا بل يعود اليه أيضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ولهذا لما قال النبي ﷺ «لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا باذنه » عاد الاستثناء إلى الجلتين جميعاً ولان الاستثناء يغاير ماقبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فانه لو قال امرأته طالق وعبده حر ان لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء الى الحكم المقصود أولى من رده الى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج ابن أرطاه وهو ضعيف قال ابن عبدالبر : لم يرفعه من روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطائه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا

(مسألة) وأما الفصل الثاني فدليلنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة والحد كفارة وتطهير

(فصل) الثاني ان يجر الى نفسه نفعاً بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال لانه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم ولا تقبل شهادة الشفيع ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لانه يجر الى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للميت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لاحجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهدا له بمال ملك مطالبته فجروا الى أنفسهم نفعا قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم انما ثبتت بيساره واقراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره نص عليه أحمد فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر الى نفسه نفعا بشهادته قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل ان يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل ان يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل ان يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به وانما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز ان يتجدد له حق وان لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل ان عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث

فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به وتخلف استيفاء أحدهما لايمنع ثبوت الآخر وقولهم إنما يتحقق بالجلد لايصح لان الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز ان يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده ؟ هذا باطل

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي ان شهادته لاترد .

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكرة وقال له تب أقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكرة مع رد عمر شهادته .

« مسئلة » قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرقي أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبدالبر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وابو ثور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن

قلنا أنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما افضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهدا لنفسه موجبا له بها حقا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بمال فانه انما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لاينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد اجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بمال له قلنا إنما أجزناها لان الدية لاتجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة بالمال .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة الوصي له الميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء المفلس بالمال واحد الشفيعين بعفو الاخر عن شفعته وكذلك المضارب بمال المضاربة)

لانه متهم ولان الشفعة اذا بطلت المشهود عليه توفرت على الشاهد فيكون شاهدا لنفسه وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فاما ان شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه او الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد احد الشفيعين بعد ان اسقط شفعته على الاخر باسقاط شفعته او احد الوصيين بعد سقوط وصيته على الاخر بما يسقط وصيته او كان احد الوصيتين لايزاحم بها الاخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لان المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضي

(فصل) ولا تقبل شهادة الوصي للموصى عليهم ان كانوا في حجره وهذا قول اكثر اهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وابوحنيفة وأجاز شريح وابو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لانه اجنبي متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكذاب نفسه ولان عرض المقذوف تلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به وذكر القاضي أن القذف ان كان سبا فالتوبة منه اكذاب نفسه وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ماقلت وهذا قول بعض اصحاب الشافعي قال وهو المذهب لانه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع إكذاب

والأولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وانه لايعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة او سب لانه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقاً في السب

ووجه الاول ان الله تعالى سمى القاذف كاذبا إذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقاً

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته بدليل قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة او ظلموا انفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون * اولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل

وانما انه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متهما بالشهادة به وقولهم في حجره احتراز مالو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل والحكم في أمين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياساً عليه فاما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافا فانه لايتهم عليهم ولايجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كالاجنبي

(فصل) الثالث أن يدفع عن نفسه ضررا كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه.

إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن انفسهم. فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئا من الدية واحتمل ان لاتقبل لجواز أن يوسرا قبل الحول فيحملان وكذلك الخلاف في البعيد الذي لايحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض باسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت

سوءاً او يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيما) ولان النبي ﷺ قال « التائب من الذنب كمن لاذنب له » وقال عمر رضي الله عنه بقبة عمر المؤمن لاقيمة له يدرك فيه مافات ويحيي فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات

والتوبة على ضربين باطنة وحكمية، فأما الباطنة فهي ما بينه وبين ربه تعالى. فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة اجنبية او الخلوة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على ان لايعود وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الندم توبة» وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة اشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار ان لايعود ومجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب عليه حقا لله تعالى او لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب امكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب او مثله ان كان مثلياً والا قيمته وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فان كان عليه فيها حق في البدن فان كان حقاً لآدمي كالقصاص وحد القذف اشترط في التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق وان كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته ايضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار . فان كان ذلك لم يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى فانه من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين اقرت بالزنا لم

وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه ، وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم ، وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم «أن لا شهادة لخصم ولا ظنين »

(فصل) الرابع العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته .

وجملة ذلك ان شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري واسحاق ومالك والشافعي والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها بافسادها فراشه ، وأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر او المحق من اهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لان العداوة في الدين والدين يمنعه من ارتكاب محظور في دينه ، وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له

ينكر عليها النبي ﷺ ذلك، وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي ان الاولى الاقرار به ليقام عليه الحد لانه اذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك اقامة الحد عليه والصحيح ان ترك الاقرار اولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لماعز والمقرعنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره وكره الاقرار حتى انه قيل لما قطع السارق كأنما اسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الاقرار، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالاقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك »

وقال أصحاب الشافعي توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع مادلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاصرار . وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) ظاهر كلام أحمد والخرقي انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولاية في النكاح اصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الآخر يعتبر اصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه ابو داود والغمر الحقد ولان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة وتخالف الصداقة فان شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا، فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لانا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه بابطال شهادة الشاهد بقذفه ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد اداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل الى عكسه لان طريان الفسق يورث تهمة في حال اداء الشهادة لان العادة اسراره فظهوره بعد اداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حال أدائها وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه ، فأما المحاكمة في الاموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حكم فيه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الشرط الخامس ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة) وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل قال

وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه .وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لان الله تعالى قال (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فانه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ، ولان عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لايكلم إلا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام « التوبة تجب ماقبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لاذنب له » ولان المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ولان التوبة من الشرك بالاسلام لاتحتاج إلى اعتبار مابعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى فاما الآية فيحتمل أن يكون الاصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكرة تب اقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولان من كان غاصباً فرد مافي يديه أو مانعاً الزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوعه عن معصيته باداء ماعليه ولو لم يرد التوبة ما أدى مافي يديه ولان تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ انما كان لانه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسئلتنا

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قال ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة

ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة تقبل في غير هذه الشهادة فتقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه

ولنا أنه متهم في أدائها لانه يعير بردها وتلحقه غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتعير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحقه التهمة في أنه قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته الى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره او صبي لصغره او عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد واعادوا تلك الشهادة فانها لا ترد لانها لم ترد أولا بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولان البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم انه فعلها لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

(مسئلة) ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لا تهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك للاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً اوسمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا

والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن اكراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك قال مالك لا أعرف هذا، قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمر لابي بكرة؟

«مسئلة» قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته)

وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل، قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه.

ولنا انه متهم في ادائها لانه يعير بردها ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فلحقته تهمة في أنه قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ماحصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما اذا

الصبي والكافر في زمن النبي ﷺ يروون عنه بعد ان كبروا كالحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير، والرواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

﴿مسئلة﴾ (ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت)

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبله وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا وقد ذكرنا ما يقتضي فرقاً بينهما فيفترقان، وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق واعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

﴿مسئلة﴾ (وان شهد لمكاتبه اولموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب وبرء الجرح ففي ردها وجهان)

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبا والبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق

(والثاني) لا تقبل لان ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أصح فان الاصل قبول

ردت شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فانها لاترد لانها لم ترد أولا بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولان البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لايرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه

وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وابي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية أخرى كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا مايقتضي فرقا بينهما فيفترقان ، وروى عن احمد في العبد اذا ردت شهادته لرقه، ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا ان الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة ففي قبولها وجهان

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبي بالبلوغ ولان ردها بسبب لاعار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق

(والثاني) لاتقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أشبه بالصحة فان الاصل

شهادة العدل لم يمنع منه ما نع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للتهمة او لعدم الاهلية إذا أعادوها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية هل تقبل ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي)

لانه متهم فاشبه لفاسق والاولى أنها تخرج على الوجهين لانها إنما ردت لكونها يجر بها الى نفسه نفعاً وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم .

(باب أقسام المشهود به)

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام: (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار .

أجمع المسلمون على أنه لايقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله (سبحانه لولا جاءوا عليه بإربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « أربعة وإلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم عدولا ظاهراً

قبول شهادة العدل مالم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما لتهمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

«مسئلة» قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه)

وذلك لان التحمل لاتعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لاتهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا الصبي والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان ابن بشير وابن الزبير وابن جعفر والشهادة في معنى الرواية ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته معه لم يحكم بها

وجملة ذلك أن الشاهدين إذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو

وباطنا مسلمين سواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية في المذهب، وحكي عن حماد وعطاء أنهما قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لانه يندرئ بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى إتيانها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

«مسئلة» (وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أولا يثبت الا باربعة ؟ على روايتين)

وللشافعي قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (والثاني) لايثبت الا بأربعة لانه موجب لحد الزنا فاشبه فعله

(فصل) (الثاني القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران)

الا ماروي عن عطاء وحماد انهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرئ بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى)وان شهادتهن

كفراً لم يحكم بشهادتهما وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ، وقال ابو ثور والمزني يحكم بها لان بقاء أهلية الشهادة ليس شرطا في الحكم بدليل مالو ماتا ولان فسقهما تجدد بعد اداء الشهادة فاشبه مالو تجدد بعد الحكم بها ووجه ذلك من طريقين (أحدهما) أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم لان الشروط لابد من وجودها في المشروط واذ فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم

(والثاني) أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لان العادة أن الانسان يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزنديق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها ، فاما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض لان الحكم وقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ولانه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات لانه يدرأ وهذا شبهة فيه فاشبه مالو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه وإن كان مالا استوفي لان الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بامر ظاهر الصحة فلا يبطل بامر محتمل ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين

(أحدهما) يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لانه حق آدمي مطالب به أشبه المال

لاتقبل وان كثرت مالم يكن معهن رجل فوجب ان لاتقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق ، بهذا الذي ذكرناه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء كلهم على أنه يثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة ، وروي ذلك عن أبي عبد الله لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم تثبت الا باربعة كالشهادة على زنا المحصن.

ولنا أنه احد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فانه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الاربعة في زنا البكر ولا قتل فيه ولانه انفرد بايجابه الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز ان يلحق به ما ليس مثله

(فصل) ولا تقبل الشهادة على القتل الا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهد نحو ان يقول ضربه فقتله وقد ذكرنا ذلك فان كانت الشهادة بالجرح فقالا ضربه فاوضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما فان قالا ضربه فاتضح رأسه أو فوجدناه موضحا أو فاسال دمه أو وجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لانه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ماشهدا به منهما وإن كانت

(والثاني) لايستوفى وهو قول محمد لانه عقوبة على البدن تدرء بالشبهات أشبه الحد وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ماحدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لان الحق استوفي بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ماطرأ بعده كما لو لم يظهر شيء

(فصل) فاما إن أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً او غيره وكذلك إن جنوا أو أغمي عليهم وبهذا قال الشافعي لان الموت لايؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل أن يكون موجودا حال اداء الشهادة والجنون والاغماء في معناه بخلاف الفسق والكفر

« مسئلة » قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود اذا كان الشاهد الاول ميتاً أو غائباً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قال أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند

واحدة فيحتمل ان يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب ان يعينها الشاهدان فيقولان هذه فان قالا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالا لانعلم قدرها أوموضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب دية الموضحة لانها لا تختلف باختلافها وان قالا ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وان قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وان كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يجب قصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لانها تختلف باختلاف الايدي

(فصل) فان شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً والآخر أنه اقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لان البينة قد كملت عليه ولم تثبت صفته فنسأل المشهود عليه عن صفته فان أنكر أصل القتل لم يقبل انكاره لقيام البينة به وان أقر بقتل العمد ثبت باقراره وان أقر بالخطأ فانكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان فان صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه وان أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لايدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها العاقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئا منها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببينة وفي بعضها القاتل مقر بها في ماله دون مال عاقلته وان شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل

الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل .

(الفصل الثاني) انها تقبل في الاموال وما يقصد به المال باجماع كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول النخعي والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحدود وكل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ولأنها انما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها ،وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما تجوز في الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله: في كل شيء إلا في الحدود ولانه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الاموال ، وذكر أصحابنا هذا

دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمدا ويكون الحكم كما لو شهد احدهما أنه أقر بقتله خطأ. أن المشهود عليه يسأل على ما ذكرنا في أول الفصل فان شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر انه قتله عشية أو شهد احدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر بعصا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه،وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل العمد والآخر بقتل الخطأ والاول أصح لان القتل غدوة غير القتل عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشاء ولا ان يقتل بسيف ثم يقتل بعصا بخلاف الخطأ والعمد فان الفعل واحد والخلاف في نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لان أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد احدهما بالقتل عمداً وشهد الآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر له بألف .

(فصل) اذا قتل رجل عمدا قتلا يوجب القصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفى

رواية عن احمد لان ابن منصور نقل ان سفيان قال شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة قال احمد ما احسن ما قال ؟ فجعله أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت الا بشاهدين فنص احمد على قبولها في الطلاق و الحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الخرقي

وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبه حد القذف. ووجه الاول انه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث في شروطها) ولها ثلاثة شروط [أحدها] أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروي عن الشعبي انها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لانهما إذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن احمد مثل هذا إلا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقاً لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك فان أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما ان شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيب الشاهد . وإن انكره الآخر فان كان الشاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه اذا حلف ثبتت حصته من الدية وان كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين لانه انما حلف على مايدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

(فصل) اذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قبلت شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وان كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وان شهد وارث المريض له بمال ففي قبول شهادتهم وجهان (أظهرهما) قبولها كما لو شهدا له وهو صحيح

(والثاني) لا تقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما

ولنا على اشتراط تعذرشهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع مظنون والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل واحتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهناً فيها ولذلك لم تنتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لاتثبت إلاعند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ولهذا لايعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت انه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك

إذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

زاد على الثلث وان شهد لمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالاخوين يشهد ان لاخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان مايطرأ بعد الحكم بالشهادة لايؤثر فيها كالفسق ، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كالوفسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما ، وان شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذاما ل وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه ويحتمل ان تقبل لانهما لا يحملان شيئاً من الدية وان كان الجرح مما لاتحمله العاقلة كجراحة العمد سمعت شهادتهما لانهما لايدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وان كان الشاهدان شهدا على اقراره بالجرح قبلت لان العاقلة لاتحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفساً فتحملها وان كان بعده قبلت لانهم لايحملون ذلك

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجلين انهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الاولين انهما اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضا لانه بتصديق

وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لان مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لانه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ولان حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع فاذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق

(الشرط الثاني) ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه لان الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا خلاف في هذا نعلمه فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتهما حكم وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعي

وقال الثوري وابو يوسف إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح لانه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا ، وان مات

الاولين مكذب للاخرين وتصديقه الاخرين تكذيب للاولين وهما متهمان لما ذكرناه فان قيل فكيف تتصور هذه المسئلة والشهادة انما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ قلنا يتصور ان يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » وهذا معنى ذلك

(فصل) (الثالث ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلان وعنه في الرجعة والنكاح والعتق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعي وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين)

وجملة ذلك ان ماليس بعقوبة ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك ان الوكالة

شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل اداء الفروع شهادتهم لم يمنع من ادائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك إن جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(الشرط الثالث) أن يعينا شاهدي الاصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير اذا قالا نشهد على شهادة رجلين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك

(الشرط الرابع) أن يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان على فلان كذا أو أقر عندي بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة ، قال احمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب في النكاح والعتاق أيضا روايتان

(أحدهما) لا يقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق

(والثانية) تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بانه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا انه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص وما ذكروه لا يصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد في الاعسار ما يدل على انه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن مخارق وفيه «حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجي من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة» قال أحمد هكذا جاء الحديث

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه

(والرواية الاخرى) لايجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لايشهد مثل شهادته وانما يشهد على شهادته ، فأما إن قال اشهد أني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول ابي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي

وقال أبو حنيفة لايجوز إلا أن يقول اشهد على شهادتي اني اشهد لانه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لايجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فاذا سمعه يقول أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً فان النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان علي ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار

فظاهر هذا انه أخذ به وروي عنه لايقبل انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا انه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد اذا لم يحضره الرجال قال القاضي المذهب في هذا كله لايثبت الا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لافي الاعسار

(فصل) ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد ويمين المدعي لانه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلأن لايثبت بشاهد واحد ويمين أولى قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين انما يكون ذلك في الاموال خاصة لايقع في حد ولا نكاح ولاطلاق ولاعتاقة ولا سرقة ولاقتل وعن أحمد في العتق انه يثبت بشاهد ويمين العبد ذكره الخرقي فقال اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه أحمد وقال في الشريكين في عبد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ماخلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانه لايثبت بشاهد ويمين قولا واحدا قال القاضي: المعمول عليه في جميع ماذكرناه أنه لايثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وقد روى الدارقطني باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لاتعدو ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قضى بالشاهد واليمين، قال نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الامام أحمد باسناده وغيره

(الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا أشهد أن لفلان على فلان ألفاً فاشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

(فصل) فأما كيفية الأداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته اشهدني انه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا أو أن فلانا أقر عندي بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال أشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال اشهد أن فلان بن فلان قال اشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا، واذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الاداء

(فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فمن أحمد أنها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولى وهذا

(فصل) الرابع المال وما يقصد به المال كالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعي وهل يقبل في جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين؟ على روايتين)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهون والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص، لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء كذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء فكذلك ما يوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأجمع أهل العلم على القول به.

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وإياس

قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق و ليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فاشبه القصاص والحد .

(والثانية) للنساء مدخل فيها لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحمد فتشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم يعني اذا كان معهما رجل وذكر الاوزاعي قال سمعت نمير بن اوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ويفارق الحد والقصاص فانه ليس القصد من الشهادة به اثبات مال بحال فاما شهود الاصل فيدخل النساء فيه فيجوز ان يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى لان في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لانها تزداد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصل فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ولان النساء شهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو اديناها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز ان يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع

وعبدالله بن عتبة وأبو سلمة بن عبدالرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لايقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

ولنا ماروي سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد ، قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي إسناد ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد ولان اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه

على شاهدي أصل قال القاضي لا يختلف كلام أحمد في هذا وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبتي والعنبري وعبيد بن اوس وقال اسحاق لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء وقال أحمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه الا ان أبا حنيفة أنكره وذهب أبو عبدالله بن بطة الى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما باقل من شاهدين كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد.

ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولان شاهدي الفرع بدل من شهود الاصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الاصل حقا عليهما فوجب ان يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانهم انما ينقلون الشهادة وليست حقا عليهم ولهذا لو انكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما وهذا الجواب عما ذكروه. فاذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع اجاز ان يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبهذا قال

ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً فكذلك إذا انفصلت عنه ولان الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الامناء لظهور جانبهم وفي حق الملاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به رسول الله ﷺ محمد بن عبدالله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له.

(فصل) قال القاضي يجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يجد رزنامج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الامانة وانه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز أن يشهد به، وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين.

(أحدهما) أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه.

مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي ورأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه والآخر لايجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لايثبت به الطرف الاخر كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر .

ولنا أنهما شهدا على قولين فوجب ان يقبل كما لو شهدا بإقرارين بحقين أو باقرار اثنين وانما لم يجز ان يشهد شاهد الاصل فرعا لانه يؤدي الى ان يكون بدل أصلا في شهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبترن بشهادتهم شهادة الاصل وليست شهادة أحدهم طرفا لشهادة الاخر فعلى قول الشافعي ان يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب ان يكون شهود الفرع ستة وان كان حق يثبت باربع نسوة فوجب ان يكون شهود الفرع ثمانية وان كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لامدخل لشهادة الفرع في اثباته .

(والثاني) يجوز ويجب ان يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الاصل اربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكونون اربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة اصل أخر جاز، وإن شهد شاهد اصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصل ثم

(الثاني) أن مايكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلما أو كافراً عدلا أو فاسقاً رجلا أو امرأة ، نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لايختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالنكر إذا لم تكن بينة .

(فصل) قال احمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المطلوب، وهذا قول مالك والشافعي وروي عن أحمد : فان أبي المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قال الشافعي، وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك .

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فانهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ، لان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

شهد هو وآخر فرعا على شاهد اصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق وان لم يقل للشاهد اشهد علي)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فالمذهب ما ذكره الخرقي وبه قال الشعبي والشافعي وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما انه لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه اياها ويقول له اشهد على شهادتي ، وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين يشهد لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز ان يكون اقترض منه ثم وفاه ، وعنه رواية رابعة إذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وإن شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا اشهد ان يشهد اذا دعي (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) قال اذا اشهدوا وقال ابن أبي موسى : اذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فلدان يشهد عليه فيقول اشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ولا يقول اشهد على اقراره وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز ان يشهد به ، والصحيح

(فصل) ولا يشترط أن يقول في يمينه وان شاهدي صادق في شهادته وقيل يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الاسير إسلاما سابقاً لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر

(الخامس) مالا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثيوبة والحيض ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وان شهد به لرجل كان أولى بثبوته ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة ، قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا ماروي عقبة بن الحارث قال تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم أتيته فقلت يارسول الله انها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟» ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ويخالف عقد النكاح فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانها تكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لانها تكون حال الولادة

الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان شهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال ، وذكر القاضي أن في الافعال روايتين

(احداهما) لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي الى منع الشهادة عليها بالكلية فان الغاصب لا يقول لاحد اشهد على أني اغصب ولا السارق ولا الزاني ولا القاتل واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم او لا؟ ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وان اراد به الافعال التي تكون بالتراضي كالقرض والقبض فيه وفي الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطا عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وذلك قد حصل له سواء اشهده او سمعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنايات بمشاهدتها ولا يحتاجان الى اشهاد وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين

(أحدهما) حق لآدمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص

فيتعذر حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها وقد روي عن علي انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحماد فاذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن احمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكمل منهن ولا يقبل منهن إلا اثنان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال ابو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا حديث عقبة بن الحارث الذي ذكرناه وروى حذيفة ان النبي ﷺ قال «يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة» ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية واخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي ﷺ « شهادة امرأتين بشهادة رجل » في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فان شهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول

وحد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها

(الضرب الثاني) ما كان حقا لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد او سقاية او مقبرة مسبلة او الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا أو ما كان حقا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكرة واصحابه على المغيرة وشهد الجارود وابو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق احد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار او اعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ولو شهد شاهدان بعتق عبد او أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقها المشهود بعتقه أو لم يصدقها وبهذا قال الشافعي وبه قال ابو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فأشبه سائر حقوقه

ولنا انها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقدم الدعوى كعتق الامة ويخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ولهذا لا يفتقر الي قبول المعتق ودليل ذلك الامة وما ذكروه يبطل بعتق الامة فان قيل

ابي الخطاب لانه أكمل من المرأة فاذا اكتفى بها وحدها فلان يكتفى به أولى ولان ماقبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية ، وان شهدوا بالسرقة ثبت المال دون القطع)

لأن السرقة توجب القطع والمال فاذاقصرت عن أحدهما أثبتت الآخر . والقتل يوجب القصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله ، وإن قلنا موجبه أحد شيئين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها اوجبنا معينا ، وقال ابن أبي موسى لايجب المال فيما إذا شهدوا بالسرقة ولأنها شهادة لاتوجب الحد وهو أحد موجبها فاذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان اوشاهد ويمين المدعي)

لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلان لأنها لاتقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البينة فاما ان اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك ان اختلفا في الصداق لانه مال

(فصل) وان ادعى رجل انه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجبه المال ولم يثبت

الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا اثر له فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به الا بعد الدعوى

(فصل) ومن كانت عندة شهادة لآدمي لم يخل اما أن يكون عالما بها أوغير عالم فان كان عالما بها لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك لقول النبي ﷺ « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري ولان أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه وان كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد اداؤها قبل طلبها لأن النبي ﷺ قال «ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها» رواه مسلم وأبو داود ومالك وقال مالك هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وان كان مطلقاً فانه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ولانه اذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على انه لا يريد اقامتها بخلاف العالم بها وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه ولو قال أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل في اليمين فيقال اشهد بالله ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا

قتل الأول لأنه عمد موجبه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء لان الجناية عنده لاتثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال او غيره ، ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ماسرق منه ولا غصبه ، وأقام المدعي شاهداً أوامرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، او شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية انها أم ولده وولدها منه قضي له بالجارية ام الولد وهل تثبت حرية الولد و نسبه من مدعيه ؟ على روايتين)

أما الجارية فنحكم له بها لان ام الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها واعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد باقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين . ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لايثبت بذلك ويدعي حريته أيضاً فعلى هذا نقول الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من يثبت له العين ثبتت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها ابو الخطاب عن احمد روايتين كقول الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز شهادة المستخفي اذا كان عدلا)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبىء شاهدان في موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروي مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لاتسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال «من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة» يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره ، وقال : مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه وان لم يكن كذلك قبلت ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما

﴿ كتاب الاقضية ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (واذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فاقر احدهما بمائة درهم دينا على أبيه لاجنبي دفع الى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه الا ان يكون المقر عدلا فيشاء الغريم ان يحلف مع شهادة الابن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

ولنا انه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعي حريته ونسبه ، وهذان لايثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) فان ادعى انها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لان البينة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لاتثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتي قبلها

﴿ باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة ﴾

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابو عبيد اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ، ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقوف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل

هذه المسئلة في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وانه انما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فان كان عدلا فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي لانه لا تهمة في حق الابن المقر فانه لا يجر الى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وان شهد اجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعي بما شهدا به اذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وان كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل ان يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فان شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق المنكر وبهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نصيب المقر وهو قول الشعبي وعلى هذا ينبغي ان لا تقبل شهادة المقر بالدين لانه يجر بشهادته نفعا الى نفسه وهو اسقاط بعض ما اقر به عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم الا ابن أبي ليلى قال لاتقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل انه منع من ذلك لئلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه

ولنا أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لايجر بشهادته الى نفسه نفعا ولا

(الفصل الثاني) انها تقبل في المال ومايقصد به المال كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي والنخعي وابي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول وابو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لايوجد في شهود الاصل وهو معتبر بدليل انها لاتقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لاتقبل فيما يندريء بالشبهات ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه اولى من الشهادة عليه ولأنه لانص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا فيبطل اثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لاتقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما يجوز في الحقوق . اما الدماء والحد فلا وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك والشافعي يقبل وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله في كل شيء إلا في الحدود ولأنه حق آدمي لايسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الاموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فان الطلاق لايشبه القصاص والمذهب انها لاتقبل فيه لأنه عقوبة فيه تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا

يدفع بها ضرراً بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى ان تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فابى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق فان حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته ان الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته دينا له على رجل فانكر فاقاموا شاهدا عدلا وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من الثلث الا ان يجيز الورثة فان أبي الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لان حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث

ولنا ان الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفي بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفي به ولان حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهد بان الدين للميت والذي يحلف معه انما يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف على

بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخرقي، وقال ابن حامد لاتقبل فى النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لاتقبل الافي المال ومايقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لايثبت الا بشاهدين فاشبه حد القذف .ووجه الاول أنه حق لايدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث) في شروطها وهي ثلاثة (أحدها) أن تتعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الاصل لموت أوغيبة اومرض أوحبس أوخوف من سلطان أوغيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لاتقبل إلا ان يموت شاهد الاصل لانهما اذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن احمد مثل ذلك الا ان القاضي تأوله على الموت ومافي معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

ولنا على اشتراط تعذر شاهد الاصل انه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان احوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل باليقين مع امكانه أولى من اتباع الظن ولان شهادة الاصل

في ذمة المدعى عليه دينا بالاتفاق فلم يجز ان يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لان النبي ﷺ إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ولان الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع اليهم وهكذا لو وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه

(فصل) فان حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين الا قدر حصته وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لابيهم أو دينا وأقاموا شاهدا لم يثبت جميعه الا بايمان جميعهم، وان حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضي من دين أبيه بقدر ما ثبت له فان كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لانه لا يمكن ان يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة وان كان فيهم أخرس مفهوم الاشارة حلف وأعطي حصته وان لم تفهم اشارته وقف حقه أيضا فان مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق فان طالب اولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويعقل الاخرس الاشارة أو باقامة كفيل لم يجابوا الى ذلك لان الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق

(فصل) وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحمد

تثبت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك. وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شهادة الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا .

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك . اذا ثبت هـذا فذكر القاضي ان الغيبة المشروطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هـذا السفر . وقد قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر . وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسنذكره ان شاء الله تعالى

فيمن افلس ثم مات قال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة فان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها

وقال ابو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أومأ احمد إلى مثل هذا فانه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد ابنين أنا أعطي ودعوا لي الربع فقال احمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه يمنع الوارث من امساك الربع بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قلنا إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لان الدين محله الذمة واما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ولانه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لاحد، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلا للملك ولا يجوز أن لا تكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ولانها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملكها كسائر المباحات فثبت أنهما انتقلت إلى الورثة فعلى هذا اذا نمت التركة مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل ونتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه فاشبه كسب الجاني ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد حتى يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسه طوعا بكذا أوشهدت عليه أو أقر عندي بكذا، وان سمعه يقول أشهد على فلان بكذا لم يجز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزيه الى سبب من بيع أو اجارة أو قرض فهل يشهد؟ به على وجهين)

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ماذكرنا فان سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع ان يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له ان يشهد إلا ان يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال أحمد لا تكون شهادة الا ان يكون يشهدك فاما ان سمعه يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فاما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أوسمعه يشهد بحق يعزيه الى سبب نحو ان يقول أشهد ان لفلان على فلان الفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب، ذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما

كنماء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق الحق بالرهن آكد لانه ثبت باختيار المالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني

وعلى الرواية الاخرى يكون نماء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح فإن قضوا الدين وإلا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دين الجناية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه

(فصل) اذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون ان أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الابوين وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبهما طلقا لهما ونصيب البنين وقفاً عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضي دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفاً عليهم باقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفاً عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فما حصل للابنين منه كان وقفاً عليهما ولا يرث الحالف شيئاً لانه يعترف انه لايستحق منها شيئاً سوى ماوقف عليه، وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتبا على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركا فان كان مرتباً فاذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين

أو استرعاه والرواية الاخرى لا يجوز له ان يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلاينوب عنه الا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته إنما شهد على شهادته، فاما ان قال اشهد اني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أنه يجوز ان يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي اني أشهد لانه اذا قال اشهد فقد امره بالشهادة ولم يسترعه وماعدا هذه المواضع لايجوز ان يشهد فيها على الشهادة فاذا سمعه يقول أشهد ان لفلان على فلان ألف درهم لم يجز ان يشهد على شهادته لأنه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازا فان النبي ﷺ قال «العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به، فان قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان على فلان الف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة تحتمل العلم ولايحتمل الاقرار ذلك (الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لاتسمع الشهادة في حق المقر ولايحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا اشهد أن لفلان على فلان ألفا فاشهد به انت عليه لم يجز ان يشهد على

ويمين الاولاد فلم يحتج من انتقل اليه إلى بينة كما لو ثبت بشاهدين وكالمال الموروث وكذلك اذا انقرض الاولاد ورجع إلى المساكين لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه

وإن انقرض أحد الاولاد انتقل نصيبه منه إلى اخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرنا فان امتنع البطن الاول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفاً عليهم باقرارهم فاذا انقرضوا كان ذلك وقفاً على حسب ماأقروا به فان كان اقرارهم انه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفاً لنا فلهم ذلك لانهم يتلقون الوقف من الواقف فلهم اثباته كالبطن الاول، فأما إن حلف أحد البنين ونكل اخواه ثم مات الحالف نظرت فان مات بعد موت اخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً وإن مات في حياة اخوته ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) ينصرف الى اخوته لانه لايثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الاول

(والثاني) ينتقل إلى أولاده لان أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدومين

(والثالث) يصرف الى أقرب عصبة الواقف لانه لم يمكن صرفه الى الاخوين ولا الى البطن الثاني لما ذكرنا فيصرف الى أقرب عصبة الواقف الى أن يموت الأخوان ثم يعود الى البطن الثاني والاول أصح لان الاخوين لم يسقطا حقوقهما وانما امتنعا من إقامة الحجة عليه ولذلك لو اعترف لهما الابوان ثبت الوقف من غير يمين وههنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف اليهما لحصول الاتفاق من الجميع على إستحقاقهما له

شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه .

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته أشهدني أنه يشهد ان لفلان بن فلان كذا او ان فلاناً اقر عندي بكذا وان لم يعرف عدالته لم يذكرها وان سمعه يشهد غيره قال اشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته ان لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، وان كان سمعه يشهد عند الحاكم قال اشهد ان فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وان كان نسب الحق الى سببه قال اشهد ان فلان بن فلان قال اشهد ان لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا واذا اراد الحاكم ان يكتب ذلك كتبه على ماذكرنا

(فصل) ويشترط ان يسميا شاهدي الاصل على ما ذكرنا ويسمياهما . وقال ابن جرير إذا قالا ذكرين حرين عدلين جازوان لم يسمياً لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما وهما مجروحان عند غيرهما ولان الشهود عليها ربما امكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

فان قيل فاذا كان البطن الثاني صغاراً فما حصل الاعتراف منهم قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتفي بذلك في انتقاله إلى الاخوين كما يكتفى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الاخوين، ويدل على صحة هذا اننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه. فأما ان كان شرط الواقف ان من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لانه لامنازع لهم فيه، وان مات من غير ولد انتقل إلى اخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

(الحال الثاني) إذا كان الوقف مشتركا وهو ان يدعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون ففي هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة، وان كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم فان كان كبيراً حلف واستحق وان لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لانه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين، وان كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف أو كان احد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم الى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع لانه يتلقى الوقف من غير واسطة

فان قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم كما لو

﴿ مسئلة ﴾ (وتثبت شهادة شاهدي الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال ابو عبدالله بن بطة لا يثبت حتى يشهد اربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع).

وجملة ذلك انه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي اصل، قال القاضي لا يختلف كلام احمد في هذا. وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن ابي ليلى والثوري واسحاق والبتي والعنبري وقال اسحاق لم يزل اهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء. قال احمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أباحنيفة أنكره، وذهب ابو عبدالله بن بطة الى أنه لايقبل على كل شاهد أصل الا شاهدا فرع وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كالا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد

ولنا ان هـذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع بدل من شاهدي الاصل فيكفي في عددها مايكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع

كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فانه يدلي لي وليه؟ قلنا الفرق بينهما ان الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الابوان وأصحاب الديون والوصايا وانما يأخذونها بأيمانهم فاذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لايستحق إلا بيمينه كما لايستحق واحد منهم إلا باليمين ، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن فانه لايشاركهم أحد من البطن الثاني ، فاذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه حلف كان له ، وان امتنع نظرت فان كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثاً كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين ، فان حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً لان الوقف ثبت في جميع الدار بأيمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث الا أنه ان اقر انها ليست وقفاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نماء الميراث وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له

وقال القاضي ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الاولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لانه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه إليهم

ولنا انه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجز ان يثبت الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وان كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال ، ولانهم يقرون بأنهم لا يستحقون

على ماذكره احمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لاينقلان عن شاهدي الاصل حقاً عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانهما لاينقلان الشهادة وليست حقاً عليهما ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يبطلها منهما وهذا الجواب عما ذكروه. إذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي رأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه (والآخر) لايجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد اصل شاهدا فرع ، واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لايثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلا ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر

ولنا انهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرار اثنين او باقرارين بحقين وانما لم يجز أن يشهد شاهد الاصل فرعا لانه يؤدي الى أن يكون بدلا أصلا بشهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما طرفا لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة

أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك ، وان مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا وان مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الاصلي

وقال القاضي ان بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لانه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لانهما مستحقا الوقف

(مسئلة) قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه حلف المدعى عليه ثم أحضر المدعي بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)

وجملته ان المدعي إذا ذكر ان بينته بعيدة منه أو لا يمكنه احضارها أو لا يريد اقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له فاذا حلف ثم احضر المدعي بينة حكم له وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وابو يوسف واسحاق وحكي عن ابن أبي ليلى وداود ان بينته لا تسمع لان اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعي كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي .

ولنا قول عمر رضي الله عنه البينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من

الفرع في اثباته (والثاني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الاصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكون أربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) فان شهد بالحق شاهد أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ماذكرنا من الخلاف من قبل

(فصل) وان شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم مالو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع)

عن احمد ان الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما يقبل فيه شهادة النساء اولا ، وهذا قول الشافعي ومالك والثوري لانهم يثبتون بشهادتهم شهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجل فأشبه القصاص والحد (والثانية) لهن مدخل فيما كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين يجوز ؟ قال نعم يعني إذا كان معهما رجل ، وذكر الاوزاعي قال : سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادتهن اثبات الحق الذي شهد به شهود الاصل فيدخل

صدقها لجور اليمين المتقدمة فتكون اولى ولان كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين وما ذكروه لا يصح لان البينة الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبدل يبطل بالقدرة على المبدل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البدل ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها

(فصل) فان طلب المدعي حبس المدعى عليه أو اقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه احمد لانه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا ولان الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق ولانه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لان ذلك من ضرورة اقامتها فانه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها إلا بحضرته، ولأنه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها فان إلزامه الاقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل اليه

(فصل) ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبلها، وإن قال المدعي لي بينة حاضرة وأريد احلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان

النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين ، وذكر ابو الخطاب رواية أخرى ان النساء ليس لهن مدخل في الشهادة على الشهادة لان فيها ضعفاً لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها لانها تزداد بشهادتهن ضعفاً فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولا ولا فروعا

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصول فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولان النساء يشهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدينها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له

﴿ مسئلة ﴾ (قال القاضي لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين) نص عليه احمد وقال ابو الخطاب هذه الرواية سهو من ناقلها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدي الأصل)

وذلك لان الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا نعلم في هذا خلافا فان عدل شهود الاصل شهود الفرع فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه وان لم يشهدا بعدالتهما جاز ، ويتولى الحاكم ذلك فاذا علم عدالتهما حكم وان لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي

(أحدهما) له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت بينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة، ولأنه لو قال لا أريد إقامة بينتي القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد إقامتها (الثاني) لا يملك استحلافه لان في البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ولان البينة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والاصل كالتيمم مع الماء وتفارق البعيدة فانها في الحال كالمعدومة للعجز عنها وكذلك التي لا يريد اقامتها لانه قد تكون عليه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التي يريد اقامتها

﴿مسئلة﴾ قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله وان كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكا أحب ان يحلف بالله الذي لا إله الا هو، وإن استحلف حاكم بالله اجزأ، قال ابن المنذر هذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال له «قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء» رواه ابو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيها شيء

وقال الشافعي إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقا أو حداً أو مالا يبلغ نصابا غلظت اليمين فيحلف

وقال الثوري وابو يوسف ان لم يعدل شاهدا الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لانه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما

﴿مسئلة﴾ (وان شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهم) لأنه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فأشبه المتيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

﴿مسئلة﴾ (وان حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم)

لابد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا فعلى هذا ان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لان الحكم ينبني عليها فأشبه مالو فسق شهود الفرع او رجعوا

﴿مسئلة﴾ (فان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان) لان الاتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

﴿مسئلة﴾ (فان رجع شهود الاصل لم يضمنوا)

لان الاتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمتسبب مع المباشر ولأنهم لم يلجئوا الحاكم إلي الحكم ويحتمل أن يضمنوا لان الحكم يضاف اليهم بدليل انه تعتبر عدالتهم فلزمهم الضمان كما لو حكم بشهادتهم ثم رجعوا ولانهم سبب في الحكم فيضمنون كالمزكين

بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمناً) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين

واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال « آلله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والكندي أن النبي ﷺ قال « ألك بينة ؟ » قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبنيها . رواه ابو داود

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولان في الله كفاية فوجب أن يكتفى باسمه في اليمين كالموضع الذي سلموه فأما حديث ابن عباس وعرفانه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه

اذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت »

(فصل) فان مات شهود الاصل او الفروع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائماً او تالفاً)

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً انه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد ابن المسيب والاوزاعي انهما قالا ينقض الحكم وان استوفى الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم كما لو تبين انهما كانا كافرين

ولنا ان حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لانفسهما يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة او اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين انهما كانا كافرين لانا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى لانها تدرأ بالشبهات . وأما الرجوع على الشاهدين

(فصل) وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلا او فاسقاً امرأة أو رجلا لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه »

وروى شقيق عن الاشعث بن قيس قال : قال كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ « هل لك بينة ؟ » قلت لا ، قال لليهودي « احلف » قلت اذا يحلف فيذهب بمالي فأنزل الله عز وجل (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا) الى آخر الآية رواه البخاري وابو داود وابن ماجه . وفي حديث الحضرمي قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ماحلف عليه قال ليس لك منه إلا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أنه إن كان يهوديا قيل له قل والله الذي أنزل التوراة على موسى وإن كان نصرانياً قيل له قل والله الذي أنزل الانجيل على عيسى وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)

ظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن اليمين لاتغلظ إلا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلمين ونحو هذا قال ابو بكر ووجه تغليظها في حقهم مار وى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ يعني

به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لأنه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما

ولنا انهما أقرا إنما أخرج ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه ولانهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه مالو شهدا بحريته ولانهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا انه إذا لزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله انهما ماأتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعتقه فان الرق في الحقيقة لايزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفي موضع اتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فلزمهما ضمان ماتلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

﴿ مسئلة ﴾ (وان رجع شهود العتق غرموا القيمة)

كالحكم في الشهادة بالمال على ماذكرنا من الخلاف لانها من جملة المال .

وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتها لسيدها بغير خلاف بينهم فيه ، فإن المخالف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه ويغرما القيمة لان العبيد من المتقومات .

لليهود « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ماتجدون في التوراة على من زنى؟ » رواه ابو داود وكذلك قال الخرقي تغلظ بالمكان فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وقال ابو الخطاب إن رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك قال وقد أومأ اليه احمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال فيقال له قل والله الذي خلقني ورزقني وإن كان وثنياً حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله لانه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي ﷺ « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » ولان هذا إن لم يكن يعتقده يميناً فانه يزداد بها إثماً وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وانما للحاكم فعله اذا رأى

وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وابو عبيدة بن عبدالله وعطاء وشريح والحسن وابراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وابو عبيد

وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم ابو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا يحلف قائما الا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الا على ما يقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة في بيت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئاً)

إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى

وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما تلفاعليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل لانه إنما يملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجه من ملكه بردتها أو إسلامها أو قتلها نفسها فانها لاتضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لانهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز عليك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق واما ان يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتا عليه

المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص وهذا اختيار ابي الخطاب وقال ابن جرير تغلظ في القليل والكثير واحتجوا بقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من حلف على منبري هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار» فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى (فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ .واستحلف النبي ﷺ ركانة في الطلاق فقال «آلله ما أردت الا واحدة؟» قال آلله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع فان ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في محل الشهرة فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) وانما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة أهل

نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما قبل الدخول، وقال الشافعي يلزمهما له مهر المثل لانهما أتلفا البضع وتقدم سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ماقبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوما فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجته هي بردتها.

﴿ مسئلة ﴾ (وان رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وان كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية ماتلف ويقسط الغرم على عددهم فان رجع أحدهم غرم بقسطه).

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن ابي ثور أنه شذ عن اهل العلم فقال يحكم بها لان الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد، لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته ولانه زال ظنه في أن ما شهد به حق فلم يجز به الحكم كما لو تغير اجتهاده وفارق مابعد الحكم فانه تم بشرطه ولان الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده (الحال الثاني) أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه، لان

الكتاب على المسلمين ومنها استحلاف الشاهدين ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاثم وهم لا يعملون بها أصلا فكيف يحتجون بها، ولما ذكر ايمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير الى ما خولف فيه القياس وترك العمل به واما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر انما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم الى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم احق ان يحتج به من قول مروان فان قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟ وقول ائمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبي ﷺ واطلاق كتاب الله تعالى وهذا ما لا يجوز وانما ذكر الخرقي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذمي لاستحلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى في حق الكتابيين (تحبسونهما من بعد الصلاة) ولانه روي عن كعب ابن سور في نصراني قال اذهبوا به الى المذبح واجعلوا الأنجيل في حجره والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني اذهب به الى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله وقال ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا بيمين غير الذي يستحلف بها المسلمون وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في ان التغليظ بالزمان والمكان والالفاظ غير واجب

الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وان كان المحكوم به مالا استوفي ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المال القصاص والحد فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد والقصاص لا يجبر بايجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر، فان قيل فلم قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد استوفي في أحد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران أن شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا انه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا ، (الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فان كان المشهود اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح وقالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبها حافر البئر إذا تلف به شيء .

الا ان ابن الصباغ ذكر ان في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي وخالفه ابن العاص فقال لا خلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختيارا واستحسانا

(فصل) قال ابن المنذر ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلظ عليه باحضار المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى واسمائه وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

﴿مسئلة﴾ قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

معنى البت القطع اي يحلف بالله ماله على شيء . وجملة الامر ان الايمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن ابي موسى رواية عن أحمد وذكر احمد حديث الشيباني عن القاسم ابن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يكلف مالا علم له به وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة ولانهما تسببا إلى قتله وقطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر فانه لا يفضي إلى القتل غالباً وقد ذكرنا هذه المسئلة في الجنايات فان قالا عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما وان قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر أخطأت فعلى العامد نصف الدية مغلظة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وان قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً وهو لا يوجب القصاص والانسان إنما يؤاخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها ، وإن قالا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لان كل واحد منهما يؤاخذ باقراره ، وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري مافعل صاحبي فعليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد

ولنا حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال له «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق» وروى الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال «هل لك بينة؟» قال لا ولكن احلفه والله العظيم مايعلم انها ارضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكروه لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره ففترقا في اليمين كما افترقت الشهادة فانها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو اثباتاً، وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتاً مثل ان يدعي انه اقرض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع وإن كان على نفي العلم مثل ان يدعى عليه دين او غصب أو جناية أو فانه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه، ولو ادعى عليه ان عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على نفي فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث

لم يجب عليه قصاص وإنما يؤاخذ الانسان باقراره لاباقرار صاحبه وان قال أحدهما عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي سئل صاحبه فان قال مثل قوله فهي كالتي قبلها، وإن قال عمدنا معاً فعليه القصاص وفي الاول وجهان وإن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وان جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وان رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في ان الحاكم لايحكم بشهادتهما اذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وان كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم اقراره وحده فان اقر بما يوجب القصاص وجب عليه وان اقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها وان أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المخففة وان كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية والقصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفا لان مابقي من البينة كاف في اثبات الحكم واستيفائه وان رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص ان أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم ان كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرنا بعضه .

(فصل) قال ابن أبي موسى اختلف قول احمد في من باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها وانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع انه ابق عنده فأنكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يأبق قط او على نفي علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف انه لم يابق قط ، ووجه كون اليمين على علمه انها على نفي فعل الغير فأشبه مالو ادعى عليه ان عبده جنى، ووجه الاخرى انه إذا ادعى عليه انه باعه معيباً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له ابيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لابي علي نخيل ثم وهبه له وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة وقال حنبل بلي ابو عبد الله بنحو هذا جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث ابي واطالبك بالقاضي واحلفك فقيل لابي عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلي حق وانا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وانا من انا وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الأولى فقال قوم الحلف اولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احدهما) حفظ ما له عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص اخيه الظالم

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فانه يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال أحمد في روايه بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إنشاء الله تعالى فاذا شهد اربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع ان قال أخطأنا وان رجع اثنان فعليهما النصف

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية)

وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة ارباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو اسحاق لاقصاص عليه لان بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟

من ظلمه واكل المال بغير حقه وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان تصادف قدرا فيقال حلف فعوقب ، او هذا شؤم يمينه

وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق له فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك اربعون فأبى فقال حذيفة اتراني اترك جملي؟ فحلف بالله أنه ما باع ولا وهب ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يامن ان يصادف قدرا فينسب الى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله له اجر وليس هذا تضييعاً للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة

وأما عمر فانه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على انه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) فأما الحلف الكاذب ليقتطع به مال غيره فنيه اثم كبير وقد قيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم) قال الاشعث بن قيس نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله ﷺ فقال « بينتك أو يمينه » قلت إذاً يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » اخرجه البخاري

على وجهين قال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدا بان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وانما أبيح دمه لولي القصاص وحده واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (احدهما) يضمن الثلث (والثاني) لاشيء عليه

ولنا ان الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالمشاركة فيه عمداً عدوانا كمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ، وقولهم ان دمه غير محقون غير صحيح فان الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لايمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقرانه قتله ظلما وان الشهود شهود زور والتفريق بين القصاص

وروى ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في حديث الكندي « لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » وهوحديث حسن صحيح. وقد روي في حديث ان يمين الغموس تذر الديار بلاقع ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والاخبار

(فصل) ومن ادعي عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني . وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولانه لايستحق مطالبته به في الحال ولايجب عليه أداؤه اليه. ولنا ان الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به

(فصل) ويمين الحالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه وديعة او اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ما غصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك فان قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لاتستحق علي ما ادعيته ولا شيئاً منه كان جوابا صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كان جحد ذلك كان كاذبا وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلب منه اليمين حلف على حسب ماأجاب

والرجم بكون دم القاتل غير محقون لايصح لانه غير محقون بالنسبة الى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان ثم رجع الجميع لزمتهم الدية اسداساً في أحد الوجهين وفي الاخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف فان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان صحت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثا الدية على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها)

وجملة ذلك انه اذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقال أبو حنيفة لاضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين

ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعا على الزنا وفي كيفية الضمان وجهان

ولو ادعى انني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه فان أجاب بأنك لاتستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه ان يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتني ؟ قال إذا حلف مالك عندي شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ، وهذا يدل على انه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وانه متى حلف مالك قبلي حق برىء بذلك، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً او مجنونا لم يحلف عنه ووقف الامر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصي او الامين له فانكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وان ادعى على العبد دعوى نظرت فان كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره ، وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كالاقرار بمال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال

(فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب استثبته لأحلف

(احدهما) يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهما حزبان فلكل حزب نصف فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الاول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الاخر الثلث لان على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث بشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة ارباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الاخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحا والآخر اثنين

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه وان رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وان كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل ان يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه

على ما أتيقن فذكر ابو الخطاب انه لا يمهل وان لم يحلف جعل ناكلا وقيل لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة وان قال ما أريد ان احلف أو سكت فلم يذكر شيئا نظرنا في المدعى فان كان مالا أو المقصود منه المال قضي عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعي نص عليه احمد فقال انا لا ارى رد اليمين ان حلف المدعى عليه والا دفع اليه حقه وبهذا قال ابو حنيفه واختار ابو الخطاب ان له رد اليمين على المدعي ان ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه قال وقد صوبه أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق وقال هو قول اهل المدينة. روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق رواه الدارقطني ولانه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ولان النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه او للخوف من عاقبة اليمين او ترفعا عنها مع علمه بصدقه في انكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل فاذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو اقوى منها كما في موضع الوفاق وقال ابن ابي ليلى لا ادعه حتى يقر او يحلف

ولنا قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على جانب المدعى عليه » فحصرها في جانب المدعى عليه وقوله « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل

نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزبا والنساء حزبا فان رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند ابي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضي الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة باربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن اربعمائة فعلى كل واحد منهما ما رجع عنه بقسطه فعلى الاول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لان كل واحد منهم يقر بانه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة ان لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والاربعمائة أكثر من خمسين خمسين لان المائتين اللتين رجع عنهما قد بقي بهما شاهدان

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج ان يغرم النصف)

المنصوص عن أحمد رحمه الله انه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج ان يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لانه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

جنس البينة في جنبة المدعي وقال احمد قدم ابن عمر الى عثمان في عبد له فقال له احلف انك ما بعته وبه عيب علمته فابى ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولانها بينة في المال تحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الامام في دفتره دينا له على انسان فطالبه به فانكره وطلب منه اليمين فانكره فانه لا خلاف ان اليمين لا ترد وقد ذكر اصحاب الشافعي في هذا انه يقضى بالنكول في احد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى اليه بتفريق ثلثه وانكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فانه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا قضى عليه وعلى القول الآخر يقول له لك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف وقضي له وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله فان قال لي بينة اقيمها أو حساب استثبته لاحلف على ما أتيقنه اخرت الحكومة وان قال ما اريد ان احلف سقط حقه من اليمين فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى ان يعود في مجلس آخر فان قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا ؟ قلنا اليمين في حق المدعى عليه هي الاصل فمتى قدر عليها او بذلها وجب قبولها والمصير اليها كالمبدلات مع ابدالها وأما يمين المدعي فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق الى غيره فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ،

ولنا ان الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين يحققه ان اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وانما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وان سلمنا انها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب ويتخرج ان لا يلزمه الا النصف اذا قلنا برد اليمين على المدعي

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك ان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها ، وان شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم الزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فيقسم بين الأربعة ارباعا ، وان شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه مالم يكن واجباً .

واما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لان الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد في القصاص

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل انه قذفه فقال استحلفوه فان قال لا احلف أقيم عليه قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب انه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف وبهذا قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس وعن أحمد مثله والاول هو المذهب لان هذا أحد نوعي القصاص فاشبه النوع الآخر فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان (أحدهما) يخلى سبيله لانه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر (والثاني) يحبس حتى يقر او يحلف ، وأصل الوجهين المرأة إذا نكلت عن اللعان

(فصل) واذا حلف فقال ان شاء الله تعالى اعيدت عليه اليمين لان الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك أن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وان حلف قبل ان يستحلفه الحاكم اعيدت عليه ولم يعتد بها حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك ان استحلفه الحاكم قبل ان يسأله المدعي استحلافه لم يعتد بها

(فصل) ولو ادعى على رجل دينا أو حقا فقال قد ابرأتني منه أو استوفيته مني فالقول قول من ينكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

﴿ مسئلة ﴾ (وان بان بعد الحكم ان الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو ببدله على المحكوم له ، وان كان المحكوم به اتلافا فالضمان على المزكين فان لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم ، وعنه لاينقض اذا كانا فاسقين)

وجملة ذلك أن الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان فاسقين أو كافرين فان الامام ينقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً أو عوضه ان كان تالفاً فان تعذر ذلك لاعساره وغيره فعلى الحاكم ثم يرجع على المشهود له وعن احمد رواية أخرى لاينقض حكمه اذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك اذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع انه ينقض حكمه اذا كانا كافرين وينقض حكم غيره اذا ثبت عنده انه حكم بشهادة كافرين فنقيس على ذلك اذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى فحق الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فاذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والكندي الذين اختلفا في الارض وعموم قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» (القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت الا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق ففيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد لم اسمع من مضى جوزوا الايمان الا في الاموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وانما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف أو يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود (والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها واذا اختلفا في مضي الاربعة اشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا انه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه مسلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولانها دعوى صحيحة في حق لآدمي فجاز ان يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال . (الضرب الثاني) حقوق الله تعالى وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين

وامر باشهاد العدول فقال سبحانه (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان انه كان موجوداً حال الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات . اذا ثبت هذا فان ابا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا أنه معنى يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعد وتبرئته من اخذ ماله او عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهد ولم

فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقربه بالرجوع عن اقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لوسترته بثوبك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه يمين بحال . (النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكمل النصاب فقال احمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لانها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعى عليه ان عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى .

يدعه لنفسه ولانه إذا لم تسمع البينة بالفسق أدى إلى ظلم الشهود عليه فاذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالما له فأما ان قامت البينة انه حكم بشهادة والدين أو ولدين او عدوين فان كان الحاكم الذي حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا اجماعا فان كل ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم يعتقد بطلانه .

(فصل) فان كان المحكوم به اتلافا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان أنهما كافران أو فاسقان اوعبدان أوأحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما فان لم يكن ثم مزكون فالضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخطىء وتجب الدية وفي محلها روايتان (احداهما) في بيت المال (والثانية) على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وللشافعي قولان كالروايتين، فان قلنا الدية على العاقلة لم تحمل إلا الثلث فما زاد ولا تحمل الكفارة لانها لا تحمل ذلك في محل الوفق كذى ههنا وتكون الكفارة في مال القاتل، وان قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لانه يكثر فيه خطؤه فجعل الضمان عليه يجحف به وان قل ولان جعله في بيت المال لعلة انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه، قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي انه حقه فان قيل فاذا

(مسئلة) قال (واذا شهد من الاربعة اثنان ان هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخران انه زنى بها في البيت الآخر فالاربعة قذفة وعليهم الحد)

وجملته إن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الاربعة على فعل واحد فان لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة و كان الجميع قذفة وعليهم الحد فاذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت واثنان أنه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد لان الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وقال ابو بكر تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه واستبعده ابو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لانه يخالف الاصول والاجماع والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول لاحد على الشهود لانهم كملوا اربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا انهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى بغيرها . ولانه لا يخلو من ان تكون شهادتهم بزنا واحد او باثنين فان كانت بفعل واحد مثل ان يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في الموضعين فاثنان منهم كاذبان يقيناً واثنان منهم لو خلوا

كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان تلف وههنا لم يحصل في يده شي وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا .

(فصل) فان كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا أربعة فيزكيهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان الشهود فسقة أو عبيداً أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً والضمان على المزكين ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقيق شرطه ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة ، وقال ابو الخطاب في رءوس المسائل الضمان على الشهود بالزنا

ولنا ان المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الحكم على الشهود فاشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة وقولهم إن شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب

عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض اولى، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لوعينوا في شهادتهم انه زنى مرة اخرى، وما ذكروه يبطل بالاصل الذي ذكرناه

(فصل) وكذلك كل شهادة على فعلين مثل ان يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران انه زنى بأخرى أو يشهدان انه زنى بها في يوم وآخران أنه زنى بها في آخر أو يشهدان انه زنى بها ليلا وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة ويشهد آخران انه زنى بها عشياً وأشباه هذا فانهم قذفة في هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه ، فان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية منه اخرى وكانتا متباعدتين فالحكم فيه كما ذكرنا وقال ابو حنيفة تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحسانا وهو قول ابي بكر

ولنا انهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فاشبها البيتين . وأما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لامكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه اوصفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً يوم السبت ويشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة او يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق ويشهد الآخر انه غصبه بمصر ، أو يشهد

وقد نص عليه احمد وقول ابي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وانهم شهدوا بالزور فأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

((فصل) ولو جلد امام انساناً بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة او عبيد فعلى الامام ضمان ماحصل بسبب الضرب)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاضمان عليه

ولنا انها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه او قتله

﴿مسئلة﴾ (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم)

لانهم أدوا الشهادة ، أشبه مالو كانوا أحياء وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿مسئلة﴾ (واذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)

شهادة الزور من اكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال سبحانه (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وروى ابو بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟» قالوا بلى يارسول الله قال « الاشراك بالله وعقوق الوالدين »

أحدهما انه غصبه ديناراً ويشهد الآخر انه غصبه ثوبا فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا ان اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته او في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لان ماشهد به احد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول ابي بكر فان هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما انه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد آخر انه سرق مع الزوال كيساً أسود ، او شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر انه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل والأول أصح لان كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه

وان اختلفا في صفة المشهود به اختلافا يوجب تغايرهما مثل أن يشهد احدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في ان الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابهما جميعاً لانه يكون ايجاباً بالحق عليه بشهادة واحد، ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس احدهما اولى من الآخر ، فأما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان او الصفه ثبتا جميعاً لان كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الاخرى لاتعارضها لامكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا ان احداهما كاذبة ولا نعلم

وكان متكئاً فجلس فقال «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه وروى ابو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار » فمتى ثبت عند الحاكم أن رجلا شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله والأوزاعي وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وقال ابو حنيفة لا يعزر ولايشهر ولأنه قول منكر وزور فلايعزر به كالظهار، وروى عنه الطحاوي انه يشهر وانكره المتأخرون

ولنا انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يختص بضرره (والثاني) انه اوجب كفارة شاقة هي يشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولا نعلم له في الصحابة مخالفاً . إذا ثبت ذلك فان عقوبته غير مقدرة وإنما ذلك مفوض الى رأي الحاكم ان راى ذلك بالجلد فعل وإن رآه بحبس او كشف راسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين وقال ابن ابي ليلى يجلد خمسا وسبعين سوطا . وهذا احد قولي ابي يوسف وقال الاوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبي ﷺ « لايجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

أيتهما هي بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانهما جميعاً يثبتان ان ادعاهما ، وان لم يدع الا احداهما ثبت له ما ادعاه دون مالم يدعه

وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيسا اسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا أبيض او شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشياً فقال القاضي : يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين ابيض وأسود فتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه او غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لا تعارض ، فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع المشهود له إلا احد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه ، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر او شهد احدهما في مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد احدهما بغصب كيس ابيض وشهد آخر بغصب كيس اسود فادعاهما المشهود له فله ان يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدع الا احدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه .

وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه ان كان من اهل السوق أو في قبيلته ان كان من اهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه ، وهذا مذهب الشافعي وأتي الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده قاسم وسالم فقالا سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الامام احمد وقال سوار يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رآني فلا يشهد بزور وروي عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه امر بحلق بعض رءوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثلة وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وماروي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوماً وخلى سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم مما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل

(فصل) فأما الشهادة على الاقرار مثل أن يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق انه قتله او قذفه او غصبه كذا او ان له في ذمته كذا ويشهد آخر انه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما انه أقر عندي انه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه انه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له فيمضي اليهم في أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على اقراره وإن كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قتله يوم الخميس وقال الآخر اشهد انه اقر عندي انه قتله يوم الجمعة او قال أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعربية، وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما انه اقر انه غصبه دنانير وشهد الآخر انه أقر انه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة، وعلى قول ابي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعربية أو العجمية، والقتل بالبصرة او الكوفة ليس من المقتضي فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

انه فعل شيئاً وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلطه في شهادته فلا يؤدب لأن الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يمنع أنه كذب احدى البينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه قال الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم)

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولم نقضه لانا تبينا كذبهما وان كان المحكوم به مالا رد الى صاحبه وإن كان اتلافا فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافه الى أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك .

(فصل) وان تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

(فصل) فان شهد أحدهما انه باع أمس وشهد الآخر انه باع اليوم او شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد الآخر انه طلقها اليوم فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لاتكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه مالو شهد بالغصب في وقتين

ووجه قول أصحابنا ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية

(فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فانه كالفعل الواحد فاذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح امس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الاشاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك القذف فانه لاتكمل الشهادة الا أن يشهدا على قذف واحد

(فصل) فان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لانه يجوز ان يكون الغصب الذي اقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون ما اقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فانه يجوز ان يكون ما اقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر اذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا امكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالاقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان

ولنا انه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذلك. قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لايؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة

﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل الشهادة الا بلفظ الشهادة فان قال أعلم اواحق لم يحكم به)

وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول أشهد أنه اقر بكذا ونحوه ولو قال أعلم أو احق أو اتيقن او اعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لايحصل في غيرها من اللفظات بدليل انها تستعمل في اللعان ولايحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافا.

(فصل) واذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه مالم يحكم بشهادته ذكره الخرقي مثل ان يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعا ويحكم بما شهد به أخيراً

وبهذا قال أبو حنيفة والثوري واسحاق وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الاخيرة لان كل واحدة منهما ترد ولان الأولى مرجوع عنها (والثانية) غير موثوق بها لأنها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالاولى وقال مالك يؤخذ بأقل قوليه لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلايقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

وشهد على الاقرار به اثنان وان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه اقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لانهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد أنه أخذه من يده الزمه الحاكم رده الى يده لان اليد دليل الملك فترد الى يده لتكون دلالتها ثابتة له قال مهنا سألت أبا عبدالله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال شهادتهما جائزة

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد ان النكاح صحيح وهو فاسد ، وان شهد بعقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتين (أحداهما) يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح (والثانية) لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم وان شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك كان في الحولين وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله أو ضربه بكذا فقتله ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو فقتله؟ فاعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ومكان الزنا

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها مايخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فوجب استمرارها الى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(باب اليمين في الدعاوى)

وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي

وجملة ذلك أن الحقوق على ضربين (احدهما) ماهو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى وحق الآدمي ينقسم قسمين :

(أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجناية الموجبة للمال فيستحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ولحديث الحضرمي والكندي

وصفته لان اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ماليس بزنا زنافاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لئلاتكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لايحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان وان شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز وذكر المسروق منه وصفة السرقة وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف وان شهد بمال احتاج الى تحريره بمثل ماذكرنا في الدعوى وان ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج الى ذكره سأله الحاكم عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه بمرفقه حتى مات، وان حرر المدعي دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقال الآخر اشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعي دعواه أشهد بذلك أو بهذا اجزأه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وان جاء بعضهم بعد ان قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسئلة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن اعادتها هنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا عمدنا اقتص منهما وان قالا اخطأنا غرما الدية أو ارش الجرح)

وجملة الامر ان الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم بعد ادائها لم يخل من ثلاثة أحوال (احدها)

(القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل مالايثبت الا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان:

(احداهما) لايستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال احمد ولم أسمع من مضى جوز الايمان إلا في الاموال والعروض خاصة ، وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق ومايتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لان هذه الاشياء لايدخلها البدل وانما تعرض اليمين فيما يدخلها البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف او يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود .

(والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الاربعة الاشهر في الايلاء فالقول قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد

ان يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد اديت فلا تبطل برجوع من شهدبها كما لو رجعا بعدالحكم وهذافاسد لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ولانه زال ظنه في ان ما شهد به حق فلم يجز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولأن الشك لايزيل ماحكم به كما لو تغير اجتهاده. (الحال الثاني) ان يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه لان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فانه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه والحد والقصاص لا ينجبر بايجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولايحصل لمن وجب له منه عوض وانما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فان قيل فقد قلتم انه اذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفي في احد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران ان شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين ادى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا وان كان المشهود به مالا استوفي ولم ينقض حكمه في قول

لقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» ولان اليمين على المدعى عليه وهذا عام في كل مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى. وقال ابو بكر عبدالعزيز تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في النكاح والطلاق لان هذا مما لايحل بذله فلم يستحلف كحقوق الله سبحانه وانما كان كذلك لان الابضاع مما يحتاط لها فلا تستباح بالنكول لأن النكول ليس بحجة قوية لانه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لاينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له، وقال ابو الخطاب تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لان البدل لايدخل هذه الاشياء ثم يستحلف فيها كحقوق الله سبحانه، وقال القاضي في الطلاق والقصاص والقذف روايتان (احداهما) لايستحلف فيها لذلك (والثانية) يستحلف فيها لانها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال. وأما البقية الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحدة لما سبق وقال الخرقي لايستحلف

لأهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالا ينقض الحكم وان استوفي الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لانفسهما . يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما اذا تبين انهما كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فانها تدرأ بالشبهات

(الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين ثم ينظر فان كان المشهود به اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح نظرنا في رجوعهما فان قالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص وبهذا قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبها حافر البئر وناصب السكين اذا تلف بهما شيء

في القصاص ولا المرأة اذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق وإذا أقام العبد شاهداً بعتقه حلف مع شاهده وعتق وهي إحدى الروايتين عن احمد وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحلف في حقوق الله سبحانه) وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين لا نعلم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار اولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » فلا تشرع فيه يمين بحال

(النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكمل النصاب فقال احمد القول قول رب المال بغير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وابو يوسف يستحلف لانها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي اشبه حق الآدمي ، ووجه الاول انه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعي عليه ان عليه كفارة يمين او ظهار او نذر أو صدقة او غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه

ولنا ان علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا اخطأنا ليس هذا هو السارق فقال علي لو علمت انكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة فيكون اجماعا ولانهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر ونصب السكين فانه لا يفضي إلى القتل غالباً

وقد ذكرنا هذه المسئلة في القصاص فأما إن قالا عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم انه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما والعاقلة لا تحمل اعترافا ، وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر اخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ

وإن قال كل واحد منهما عمدت واخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية لان كل واحد منهما انما اعترف بعمد شاركه فيه مخطئ وهذا لا يوجب القصاص والانسان انما يؤاخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت واخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها

وإن قالا جميعاً اخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة لان كل

كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله لتضمين السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي)

روي ذلك عن الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم ، وقد سبق ذكر ذلك ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لان شهادة النساء ناقصة وانما اجيزت بانضمام الذكر اليهن فلا يقبلن منفردات وان كثرن ويحتمل ان يقبل لان المرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة اربع نسوة فانه لا يقبل اجماعا

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يثبت العتق بشاهد ويمين ؟ على روايتين)

(احداهما) يثبت وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه ازالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو اتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل

(والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الحدود والقصاص

منهما يؤاخذ بحكم اقراره ، وإن قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري مافعل صاحبي؟ فعليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لايجب عليهما القصاص لان اقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وانما يؤاخذ الانسان باقراره لاباقرار صاحبه ، وإن قال أحدهما عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي مثل صاحبه وذا قال عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي فهي كالتي قبلها وإن قال عمدنا فعليه القصاص وفي الاول وجهان، وإن قال اخطأت او اخطأنا فلا قصاص على واحد منهما ، وإن جهل حال الآخر بان يجن أو يموت أو لايقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لايحكم بشهادتهما اذا كان رجوعه قبل الحكم وفي انه لا يستوفي العقوبة اذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم اقراره وحده فان اقر بما يوجب القصاص وجب عليه، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه فاثبت بشاهدين او أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لان مابقي من البينة كاف في اثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر مالا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين)

لقول الله تعالى في الرجعة (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لانه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية اخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لانه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي النكاح لا يثبت الا بشاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجههما

﴿مسئلة﴾ (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الاثبات حلف على البت)

معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له علي شيء والايمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن ابي ليلى كلها علي البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال « قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق » وروى الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى رسول الله ﷺ في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده

«مسئلة» قال (وان كانت شهادتهما بمال غرماه ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائما أو تالفا)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والاوزاعي وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لانه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما

ولنا انهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كالو شهدا بعتقه ولانهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فاشبه مالو شهدا بحريته ولانهما تسببا الى اتلاف حقه بشهادتهما الزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا انه اذا ألزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى . وقولهم انهما ما أتلفا المال يبطل بما اذا شهدا بعتقه فان الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وانما حالا بين سيده وبينه وفي موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

قال « هل لك بينة ؟ » قال لا ولكن أحلفه: والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها ابوه فتهيأ الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكروه لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما لو افترقت الشهادة فانها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والاسباب وعلى نفي العلم فيما لا تمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على انه لا وارث له الا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

اذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو اثباتاً، وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتاً مثل ان يدعي انه اقرض أو باع ويقيم شاهدا بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع ، وان كان على نفي مثل ان يدعى عليه دين أو غصب أو جناية فانه يحلف على نفي العلم لا غير، وان حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد اذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى ان عبده استدان او جنى فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي فعل الموروث

(فصل) ذكر ابن أبي موسى أنه اختلف قوله فيمن باع سلعة فظهر المشتري على عيب بها فانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عبد المشتري فادعى على البائع أنه ابق عنده فانكر هل يلزمه أن يحلف انه لم يأبق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين الا أن يكون ولده

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته)

أما اذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكه فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ماذكرنا من الخلاف فيه لانها من جملة المال وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فان الخلاف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه فان اخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كاخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكه فاذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرما القيمة لان العبيد من المتقومات لامن ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل لانه انما ملك نصف البضع بدليل انه انما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل انه لو أخرجته من ملكه بردتها او اسلامها أو قتلها نفسها فانها لاتضمن شيئاً، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وانما وجب عليهما نصف المسمى لانهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع او غيره

فيلزمه ان يحلف أنه لم يأبق قط، ووجه كون اليمين على نفي علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى، ووجه الاخرى أنه ادعى عليه انه باعه معيباً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال احلف يمينا واحدة فرضوا جاز وان ابوا حلف لكل واحد يمينا)

اذا كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين، لانها حقهم ولانه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة قال القاضي : ويحتمل ان لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اليمين حجة في حق الواحد فاذا رضي بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة لايعمل برضى الخصم كما لو رضي ان يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الاول لان الحق لهما فاذا رضيا به جاز ولايلزم من رضاهما بيمين واحدة ان يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق اذا قامت بها بينة واحدة لاتكون لكل حق بعض البينة فاما ان حلفه الحاكم لجميعهم يمينا واحدة فخطأه أهل عصره(١)

﴿ فصل ﴾ قال (الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه في قول عامة

١) كذا بالاصل

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز تمليك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة اذا قبضته وأنماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وانما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلان ضمان عليهما وبه قال ابو حنيفة

وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول

وقال الشافعي يلزمهما مهر المثل لانهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ماقبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوما فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجته هي بردتها

(فصل) وان شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت فان طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئاً لانهما لم يفوتا عليها شيئاً وان دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل او اكثر منه ووصل اليها فلا شيء عليهما لانها اخذت عوض ما فوتاه عليها وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليهما فعليهما ضمان مهر مثلها لانه عوض ما فوتاه عليها

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فان عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فان ادى وعتق فعليهما ضمان جميعه لانهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما

أهل العلم الا ان مالكا أحب بالله الذي لا اله الا هو وان استحلف حاكم بالله أجزأ)

قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عندك شيء» راوه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لأبي قال والله الذي لا اله الا هو ان النخل لنخلي ومالابي فيها شيء وقال الشافعي ان كان المدعى قصاصاً أو عتاقا أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فحلف بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر مايعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الأعين وماتخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) وقال سبحانه (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض المفسرين من اقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال « آلله ماأردت الا واحدة؟ » وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته ومابه داء تعلمه ولان فيه كفاية فوجب ان يكتفى باسمه في اليمين كالمواضع التي سلموها فأما حديث ابن عباس وابن عمر فانه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وماذكرناه يدل على

قبضه من كتابته والاول اولى لان ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وان أراد تغريمهما بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال فينبغي أن يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبا وان شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب ان يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال احمد في رواية اسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص وإن قال أخطأنا فعليه ربع الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية وان شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية وبهذا قال أبو عبيد، وقال أبو حنيفة إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب ابي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال

الاكتفاء ببسم الله وحده وما ذكره الباقون تحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

﴿ مسئلة ﴾ (وان رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز)

ففي اللفظ يقول والله الذي لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور واليهودي والله الذي انزل التوراة على موسى وفلق له البحر وأنجاه من فرعون وملائه والنصراني يقول والله الذي انزل الانجيل على عيسى وجعله يحيي الموتى ويبرىء الاكمه والابرص والمجوسي يقول والله الذي خلقني وصورني ورزقني، والزمان يحلفه بعد العصر وبين الاذانين والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام وفي الصخرة ببيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال وقد أومأ اليه أحمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال قل والله الذي خلقني ورزقني وان كان وثنيا حلفه بالله وحده وكذلك ان كان لا يعبد الله لانه لا يجوز الحلف بغير الله تعالى لقول رسول الله ﷺ «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» ولان

أبو إسحاق لا قصاص عليه لان بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً فان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وانما أبيح دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه

ولنا أن الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولان ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة ، وقولهم إن دمه غير محقون غير صحيح فان الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلما وأن الشهود شهدوا بالزور ، والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه ، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته ، وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وهذا قول أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده

هذا ان لم يكن يعد هذه يميناً فانما يزداد بها اثما وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وانما للحاكم فعله إذا رأى ، وظاهر كلام الخرقي ان اليمين لا تغلظ الا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يعني «لليهود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود وكذلك قال الخرقي تغلظ في المكان فيحلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وابراهيم وكعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا

قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فان رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد مما رجع عنه بقسطه فعلى الاول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لان كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والاربعمائة اكثر من خمسين خمسين لان المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة لان المائتين التي رجعا عنها قد بقي بها شاهدان

(فصل) واذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم ، وقال ابو حنيفة لاضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين

ولنا ان قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا وفي كيفية الضمان وجهان

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد رؤسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهم حزبان فلكل حزب نصف، فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الاول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الاخرين الثلث لان على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الاخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد

يحلف قائماً الاعلى منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الاعلى ما يقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة ببيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ماذكرناه في صدر المسئلة ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير واحتجوا بقول النبي ﷺ « من حلف على منبري هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار» فثبت انه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قال اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا

منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحا والآخر جرحين

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك لو شهدا على رجل انه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) واذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم ألزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الاربعة أرباعا وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه مالم يكن عليه واجباً

(فصل) وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع فعليهما الضمان لا أعلم بينهم في ذلك خلافا ، وإن رجع شاهدا الاصل وحدهما لزمهما الضمان أيضاً وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن

وحكى أبو الخطاب عن القاضي انه لا ضمان عليهما وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع بدليل انهما جعلا شهادة شاهدي الاصل شهادة فلم يلزم شاهدي الاصل ضمان لعدم

والله الا عند منقطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما)ولم يذكر مكانا ولا زمانا ولا زيادة في اللفظ ، واستحلف النبي ﷺ ركانة في الطلاق فقال «آالله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال آالله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ ، وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه وفيما ذكروه من التغليظ تقييد لهذه النصوص ومخالفة للاجماع فان ماذكر عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان إجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع،منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاثم وهم لا يعملون بها أصلا فكيف

تعلق الحكم بشهادتهما . ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الاصل بدليل اعتبار عدالتهما فاذا رجعا ضمنا كشاهدي الفرع

(فصل) واذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه احمد في رواية جماعة ، وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين. يحققه أن اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه ولو سلمنا أنها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر ، قال ابو الخطاب ويتخرج أن لايلزمه إلا النصف المحكوم به اذا قلنا ترد اليمين على المدعي

(فصل) واذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا لان القصاص يغني عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لانهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهي شهادة الزور ويحتمل أن لايعزروا لان رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ولان شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلايشرع ، وإن قالوا اخطأنا لم يعزروا لان الله تعالى قال (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم

يحتجون بها ؟ ولما ذكر ايمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير الى ماخولف فيه القياس وترك العمل به . وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنما فيه دليل على تغليظ الاثم على الحالف . وأما قضية مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم الى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقارئهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة اجماع الصحابة وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي ﷺ واطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى؟ فهذا مما لايجوز إنما ذكر الخرقي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الآدمي لاستحلاف النبي ﷺ اليهود بقوله «نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وروي عن كعب بن سور في النصراني قال : اذهبوا به الى المذبح واجعلوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه ، وقال الشعبي في نصراني :اذهب إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله .

وقال ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يمينا يستحلف بهاغيرالتي يستحلف بها المسلمون ،وفي الجملةلاخلاف بين المسلمين في أن التغليظ بالمكان والزمان والالفاظ غير

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجملته أن الحاكم اذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وانما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لايجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخطيء وتجب الدية وفي محلها روايتان

(احداهما) في بيت المال لانه نائب للمسلمين ووكيلهم وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ولان خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فايجاب ضمان مايخطيء فيه على عاقلته اجحاف بهم فقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

(والرواية الثانية) هي على عاقلته مخففة مؤجلة لما روي ان امرأة ذكرت عند عمر بسوء فارسل اليها فاجهضت ذا بطنها فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم لاشيء عليك انما انت مؤدب وقال علي عليك الدية فقال عمر عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشا لانهم عاقلة عمر ولو كانت في بيت المال لم يقسمها على قومه ولانه من خطائه فتحمله عاقلته كخطائه في غير الحكومة وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا ان الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعدا ولا تحمل الكفارة لان العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق كذا ههنا وتكون الكفارة في ماله واذا قلنا انه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لان جعله في بيت المال لعلة انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه وهذا يدخل

واجب الا أن ابن الصباغ ذكر في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي وخالفه ابن القاص فقال لا خلاف بين أهل العلم أن القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمكان اختيار منه فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحبابا .

(فصل) قال ابن المنذر ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلظ عليه باحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله وأسمائه وهذه زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

﴿مسئلة﴾ (ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر كالجنايات والعتاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ)

يكثر خطؤه فجعل الضمان في ماله يجحف به وان قل لكثرة تكرره وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي أنه حقه ، فان قيل فاذا كان الولي استوفى حقه فينبغي ان يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما اتلف شيئا بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان ان الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينا والضمان على المزكين وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في رءوس المسائل الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا

ولنا ان المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فاشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور، وأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم

(فصل) ولو جلد الامام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ماحصل من أثر الضرب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

وقيل مايقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لان التغليظ زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجوبها فلا تجب الا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليه الا في موضع ورد الشرع به وصح كتحليف رسول الله ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ونحوه

﴿مسألة﴾ (وان رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا)

لموافقته مطلق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه»

(فصل) ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق او توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى (زعم الذين كفروا أن لن

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله

(فصل) ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فان الامام ينقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً وعوضه ان كان تالفاً فان تعذر ذلك لاعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له، وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك الحكم اذا شهد عنده عدلان ان الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان لا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم اذا شهد واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه اذا كانا كافرين وينقض حكم غيره اذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فنقيس على ذلك ما اذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر باشهاد العدول وقال (واشهدوا ذوي عدل منكم)واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات اذا ثبت هذا فان أبا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة

ولنا أنه معنى يتعلق الحكم به فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه ولانه اذا لم تسمع البينة الفسق ادى الى ظلم المشهود عليه لانه يمكن ان لا يعرف فسق الشاهدين

يبعثوا قل بلى وربي لتبعثن) » وحلف عمر لابي على نخل ثم وهبه إياه وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل بلي أبو عبد الله بمثل هذا جاء إليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك فقيل لابي عبد الله ماترى؟ قال أحلف له، اذا لم يكن له في قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف؟ وانا من أنا؟ وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احداهما) حفظ ماله عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص أخيه الظالم من مظلمته وأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان يصادف قدراً فيقال حلف وعوقب، أو هذا شؤم يمينه. وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق

الا شهود المشهود عليه فاذالم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالما له ، فاما ان قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أوولدين أوعدوين نظر في الحاكم لذي حكم بشهادتهما إن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا اجماعاً وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلانه والفرق بين المال والاتلاف ان المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه لان كل واحد أحق بماله وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لانه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استحقاق لاخذه ، أما الاتلاف فانه لم يحصل به في يد المتلف شيء برده ولم يمكن تضمينه لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسمعنا ولم نكتم شهادة الله تعالى التي لزمنا أداؤها ولم يثبت كذبهم فوجب احالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ومكن من اتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه فوجب احالة الضمان عليه .

(مسألة) قال (واذا ادعى العبد ان سيده اعتقه حلف مع شاهده وصار حراً)

روي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبي بكر لانه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ولانه اتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل وإفضاؤه إلى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبني عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن (والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجال في غالب الاحوال فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم

له فخاصم الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فابى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة أتراني أترك جملي ؟ فحلف بالله انه ما باع ولا وهب ، ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذبا وفي ذهاب ماله أجر وليس هذا تضييعا للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة ، وأما عمر فانه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف قال شيخنا وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) والحلف الكذب ليقتطع به مال أخيه فيه اثم كبير وقيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الاليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم)وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الغموس تدع الديار بلاقع .

« مسئلة » قال (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر انه شاهد زور اذا تحقق تعمده لذلك)

وجملة ذلك ان شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهي الله عنها في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روي عن خريم بن فاتك ان النبي ﷺ قال «عدلت شهادة الزور الاشراك بالله» ثلاث مرات، ثم تلى قوله تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) » رواه أبو داود ، وروي هذا عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي ﷺ أنه قال «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يارسول الله ، قال « الاشراك بالله وعقوق الوالدين »و كان متكئاً فجلس فقال « ألا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه . وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال « شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار » فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل انه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة وقال أبو حنيفة لايعزر ولا يشهر لانه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار وروى عنه الطحاوي انه يشهر وأنكره المتأخرون .

ولنا انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يختص بضرره (والثاني) انه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفا . واذا ثبت هذا فان تأديبه غير مقدور

(فصل) ومن ادعي عليه دين وهو معسر به لم يحل له ان يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وإن كانوا ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة) ولأنه لايستحق مطالبته في الحال ولا يجب عليه اداؤه اليه . ولنا أن الدين في ذمته وهو حق له عليه ولولم يكن عليه حق لم يجز انظاره به

(فصل) ويمين الحالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه أواقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ماغصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك ، وإن قال مالك علي شيء أو لاتستحق علي شيئاً أو لاتستحق علي ماادعيته ولا شيئاً منه كان جوابا صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذبا ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلبت منه اليمين حلف

وانما هو مفوض الى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لايزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسة وسبعين سوطا وهو أحد قولي أبي يوسف، وقال الاوزاعي في شاهدي الطلاق : يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق

ولنا قول النبي ﷺ « لايجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى» متفق عليه وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات ، وقال شريح يجلد أسواطا فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه وهذا مذهب الشافعي وأتي الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم فقالا سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه يجلد اربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الامام أحمد ، وقال سوار يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رآني فلا يشهد بزور ، وروي عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة انه أمر بحلق نصف رءوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في الاسواق والذي شهدوا له معهم

ولنا ان هذا مثلة وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوما وخلى سبيله، وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم مما يراه ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق انه شاهد زور وتعمد ذلك إما باقراره أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو ان هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة اعوام وسنها اقل من ذلك او يشهد على رجل انه فعل شيئا في وقت وقد مات قبل ذلك الوقت أو لم يولد إلا بعده وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه او غلطه في شهادته فلا يؤدب به لان الفسق لايمنع الصدق والتعارض لايعلم به كذب إحدى البينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به فان كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وان كان إتلافا

على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فانكره وطلب يمينه فان كان أجاب بانك لا تستحقها حلف على ذلك

فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب إتلافه إلا ان يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك

(فصل) فاذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك لاتقبل شهادته ابداً لان ذلك لايؤمن منه

ولنا انه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين. وقوله لايؤمن منه ذلك. قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لايؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه مالم يحكم بشهادته)

وهذا مثل ان يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون او يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به اخيراً وبهذا قال ابو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق . وقال الزهري لاتقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منهما ترد الاخرى وتعارضها . ولان الاولى مرجوع عنها والثانية غير موثوق بها لانها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ان يكون في الغلط كالاولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لانه ادى الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه. ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينتقض بعد تمامه

(فصل) وان شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاه منه خمسمائة فسدت شهادته ذكره أبو الخطاب فقال إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال احدهما قضاه منه خمسمائة بطلت شهادته وذلك انه شهد بان الالف جميعه عليه واذا قضاه خمسمائة لم تكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته، وفارق هذا مالو شهد بالف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وأقرار بغلط نفسه وهذا لايقول هذا على سبيل الرجوع، والمنصوص عن احمد أن شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بالف ثم قال احدهما قبل الحكم قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته في نصف الالف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر انه قضاه لان ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فاشبه مالو قال أشهد بالف بل بخمسمائة.

قال احمد ولو جاء بعد هذا المجلس فقال اشهد انه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فانكره هل يحلف ماأودعتك؟ قال اذا حلف مالك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك؟ وهذا يدل على انه لايلزمه أن يحلف على حسب الجواب

الشهادة فهذا يحتمل إنه اراد به انه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لايثبت بشاهد واحد ، فاما ان شهد انه اقرضه ألفا ثم قال قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجها واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

(مسئله) قال (واذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم لمدعي الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى ان أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد واسحاق وأبي عبيد ، وحكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل اقرار إلا واحد

ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وما ذكره من أن كل اقرار انما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بالف عشيا فان الشهادة تكمل مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد فأما ما انفرد به أحدهما فان المدعي أن يحلف معه ويستحق وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات فأما إن اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف بيض وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ماشهد به

(فصل) فان شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانهما مختلفان

(فصل) وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه اياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه وإن شهد له بكل عقد شاهدان ثبت البيعان وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الآخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب

وانه متى حلف مالك قبلي حق برىء بذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنونا

الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين

(فصل) وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان وله أن يحلف مع الآخر على درهم لانهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الاخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فانه يجب له ألفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسئلة الالف وخمسمائة

ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم وتخالف الزيادة في الاخبار فان من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه الفا آخر فان قيل فلم قلتم انه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له ان يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها قلنا لان الشاهدين حجة وبينة فاذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، واما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فاذا حلف مع احدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد باحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال كنت انسيتها قبلت منه)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يجوز أن يكون نسيها وإذا كان ناسيا لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع امكان صدقه ولا يشبه هذا إذا ما قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع لان ذلك اقرار منه على نفسه بعدم البينة والانسان يؤاخذ باقراره وقول الشاهد لا شهادة عندي ليس باقرار فان الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها فاذا اعترف بها كان اقراراً بعد الانكار وهو مسموع بخلاف الانكار بعد الانكار ولان الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره فاذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن انكر ان يكون عنده شهادة قبل ان يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فانه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها

لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الاب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصي أو الامين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل)

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو فان شهادته تبطل في الكل وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) تصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فان شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال

ولنا أنها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم وصدقه الابن وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فان كان في مجلس واحد كان الالف بينهما وان كان في مجلسين كان الالف للاول ولا شيء للثاني)

وجملته ان الميت اذا خلف وارثا وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها فاذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت فان كان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ في البيع ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ولا يقبل إقرار الانسان على غيره، وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الغرماء فانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ولان من قبل اقراره أولا قبل اقراره ثانياً اذا لم يتغير حاله كالموروث.

ولنا انه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كاقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وانما يتعلق بذمته، وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صح وشارك الاول والفرق بينه

القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وان ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه

وبين الوارث ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لايملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة مالم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لانه باعترافه للاول ثبت له الملك فيه فصار اقراره للثاني اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني لانه فوته عليه باقراره به لغيره فأشبه مالو غصبه منه فدفعه الى غيره .

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن ادعى دعوى على مريض فاومأ برأسه أي نعم لم يحكم بها حتى يقول بلسانه)

وجملته ان اشارة المريض لاتقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه وبهذا قال الثوري ، وقال الشافعي يقبل اقراره باشارته اذا كان عاجزاً عن الكلام لأنه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبه اقرار الاخرس

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح وبهذا فارق الاخرس فانه مأيوس من نطقه ولهذا لو ارتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الاخرس ، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع امكانه في العدة ولان عجزه عن النطق غير متحقق فانه يحتمل ان يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لالعجزه وان صار الى حال يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز ان يكون أثر في عقله أوفي سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الاخرس ولان الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومسألة النطق وهذا لم تتكرر إشارته فلعله لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح القياس

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل لانه مكذب لبينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر تقبل وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته وقال بعض أصحاب الشافعي وان كان الاشهاد امرا تولاه بنفسه لم تسمع بينته لانه أكذبها وان كان وكيله أشهد على المدعى عليه

كالقصاص والطلاق والقذف والخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره . وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو

أو شهد من غير علمه أو من غير ان يشهدهم سمعت بينته لانه معذور في نفيه اياها وهذا القول حسن ولنا أنه أكذب بينته باقراراه أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكذيباً له ويفارق الشاهد اذا قال لاشهادة عندي ثم قال كنت نسيتها لان ذلك اقرار لغيره بعد الانكار وههنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه والحكم في ما اذا قال كل بينة لي زور كالحكم في ما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) وان قال ما أعلم لي بينة ثم أتى ببينة سمعت لانه يجوز ان تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها قال أبو الخطاب ولو قال ما أعلم لي بينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبلت شهادته وان شهد لهم لم يقبل اذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعا ولا يدفع عنهم بها ضرراً وأما شهادته لهم اذا كانوا في حجره فغير مقبولة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم اذا كان الخصم غيره لانه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهما في الشهادة به فاما قوله اذا كانوا في حجره فانه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها والحكم في امين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد من يخنق في الاحيان قبلت شهادته في افاقته)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور ولا أحسبه الا مذهب اهل الكوفة وذلك لان الاعتبار في الشهادة بحال ادائها وهو في وقت الاداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبي اذا كبر ولانه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح وزوال عقله في غير حال الشهادة لايمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والمريض الذي يغمى عليه في بعض الاحيان

جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال، وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه فذكر أبو الخطاب انه لايمهل وان لم يحلف جعل ناكلا. وقيل لايكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة كالو ادعى قضاء او إبراء

(فصل) ولو ادعى على رجل دينا او حقا فقال قد أبرأتني منه واستوفيته مني فالقول قول

(مسئلة) قال (وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة اذا لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار في داء الدابة)

وجملته انه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا أوفيما كان أكثر منها كالهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة أوأصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق أوفي الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها إلا الاطباء أو اختلفا في داء يختص بمعرفته الاطباء أو في داء الدابة فظاهر كلام الخرقي انه اذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق فان لم يقدر على اثنين اجزأ واحد لانه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فقبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال احمد رحمه الله اذا قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول اشهدولي على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان ، وقال احمد اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بالف قال القاضي وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد

وقال ابو الخطاب عندي يجوز أن يشهد بذلك لان من شهد بألف فقد شهد بمائة فاذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى والاول أصح لما ذكره القاضي ولان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين

(فصل) قال احمد اذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

المنكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما — ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى في اللغة اضافة الانسان إلى نفسه شيئاً ملكا أو استحقاقا أو صفقة أو نحو ذلك، وهي في الشرع اضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم مايدعون) وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو اثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل المدعي من اذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من اذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بان يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فانكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول ابي حنيفة ، ويتخرج

باب الدعاوى والبينات

الدعوى إضافة الانسان إلى نفسه شيئا أو ملكا أو استحقاقا أو نحوه . وهو في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم مايدعون)

﴿ مسئلة ﴾ (والمدعي من اذا ترك سكت والمنكر من إذا سكت لم يترك)

وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما ان اليمين غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي ﷺ « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الدعوى والانكار الا من جائز التصرف)

لان من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره

أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه حق لآدمي فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في النكاح فان نكل ألزم النكاح ، وقال الشافعي إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح

ولنا أن هذا مما لايحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد. يحقق هذا أن الابضاع مما يحتاط فيها فلاتباح بالنكول ولا به وبيمين المدعي كالحدود وذلك لان النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ومع هذه الاحتمالات لاينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ويمين المدعي انما هي قول نفسه لاينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم واثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه

وأما الحديث فانما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود فالنكاح في معناه بل النكاح أولى لأنه لايكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطا في انعقاده أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك اذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها ، وإن قلنا انها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول وتحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف وفي الآخر يخلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعي محقاً أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان تداعيا عيناً لم تخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه انه لا حق للآخر فيها اذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه . وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي « شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك» ولان الظاهر من اليد الملك

﴿ مسئلة ﴾ (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهي للاول)

لان تصرفه أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعتها ، فان كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهي للراكب لانه اقوى تصرفاً فلن اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصوص الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لايحتاج الى ذكر شرائطه لانه نوع ملك فاشبه ملك العبد الاترى أنه لايحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لايشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لابيها في تزويجها ومنهم من لايشترطه وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لايرى صحته ولا ينبغي ان يحكم بصحة مع جهله بها ولا يعلمها مالم تذكر الشروط وتقوم البينة بها وتفارق المال فإن أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لايحسن المدعي عدها ولا يعرفها والاموال مما يتساهل فيها وتلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فافترقا في الدعوى ، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا تختلف به الاغراض فان كانت المرأة امة والزوج حراً فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لانهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما ان ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج الى ذكر الشروط في أحد الوجهين لانه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة وفي الثاني يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح فاشبه دعوى العقد

(فصل) وان تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه فهو للابسه لان تصرفه أقوى وهو المستوفي لمنفعته، فان كان كمه في يد احدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما سواء فيها لان يد الممسك بالطرف عليها بدليل انه لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها

(فصل) ولو كانت دار فيها أربعة ابيات في احد أبياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها فإن لكل واحد ماهو ساكن فيه لان كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه . وإن تنازعا الساحة التي يتطرق منها الى البيوت فهي بينهما نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقص فهما للخياط)

لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر، والظاهر ان الانسان إذا دعى خياطا يخيط له فالعادة أنه يحمل معه ابرته ومقصه . وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وإنما العادة ان يخيط قميص صاحب الدار فيها

وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجارة فهي للنجار . وإن اختلفا

(فصل) وان ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه لانها تدعي حقا لها تضيفه الى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكا اضافته الى الشراء، وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لانه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لان النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقا لغيرها فان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين لانه اذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين، وان قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها فاما اباحتها له فتنبني على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وان علم أنها ليست امرأته إما لعدم العقد أو لبينونتها منه لم تحل له وهل يمكن منها في الظاهر يحتمل وجهين (أحدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لا يمكن منها لاقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاعة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

في الخشبة المنشورة والابواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب الدار. وإن اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد، وان اختلفا في الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازع هو والقراب القربة فهي للقراب) وإن اختلفا في الخابية والجرار فهي لصاحب الدار، ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لانه استوفى لمنفعتها

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازعا حائطا معقوداً ببناء أحدهما أو وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه أو له عليه ازج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما)

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تنازعا حائطا بين ملكيهما وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه معطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل اتصالهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط انه له وتكون بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وماهو لصاحبه جاز وبهذا قال أبو حنيفه وأبو ثور وابن

(فصل) فاما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر الى الكشف وذكر الشروط في اصح الوجهين لانها لا يحتاط لها ولا تفتقر الى الولي والشهود فلم تفتقر الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية او غيرها لانها مبيع فاشبهت الجارية وكذلك اذا كان المدعى عينا او دينا لم يحتج الى ذكر السبب لان اسباب ذلك تكثر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول أستحق هذه العين التي في يده او استحق كذا كذا في ذمته ويقول في البيع اني اشتريت منه هذه الجارية بالف درهم او بعتها منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جائز الامر وتفرقنا عن تراض وذكر ابو الخطاب في العقود وجهاً آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً انه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول اولى لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً لان المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه، وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الاخر فهو له مع يمينه وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه

ولنا أن الظاهر ان هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر انه بني وحده فإنه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر انه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد

فان قيل فلم لا تجعلوه له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل ان أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين . فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقد يمكن إحداثه كالبناء باللبن والآجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو آجرة ويجعل مكانها لبنة صحيحة او آجرة صحيحة تعقد الحائطين فقال القاضي : لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا ليتملك الحائط المشترك، وظاهر كلام الخرقي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن احداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه.

(مسئلة) قال (ومن ادعى دابة في يد رجل فانكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي ببينته ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه لان النبي ﷺ أمرنا بسماع بينة المدعي ويمين المدعى عليه وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعي تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقلت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدمت والا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لانها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وابي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي عن طاوس وانكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقبل بينة الداخل اذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بان جنبة المدعى عليه أقوي لان الاصل معه ويمينه

بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل مايدل على ملكه له فوجب ان يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يداعادية حدثت بالغصب أوبالعارية أو الاجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه اوعقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له، وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة لكونه منتفعاً به لجرى مجرى حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذلك إن كنت عليه سترة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بجنب حائط منفرد به احدهما أو له عليه أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لا ن الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

(مسئلة) ولا ترجح الدعوى بوضع خشب احدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط في الخص)

قال أصحابنا لاترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكين منه فلا ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتجصيصه وتزويقه ويحتمل ان ترجح به الدعوى وهو قول مالك لانه

تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كالو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدمت بينته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ولان بينة المدعي اكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها انها تثبت شيئاً لم يكن وبينة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها ، وقال الشافعي في أحد قوليه يستحلف صاحب اليد لان البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا ان احدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه، ولا نسلم ان البينة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

(فصل) فان كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فان كانت البينة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار منهم الزهري وأبو حنيفة

ينتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل اننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولان كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وإنما السماح به فان أكثر الناس لا يسامحون به ، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطئوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لارمين بها بين أكتافكم وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالازج. وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له وترجح بالجذعين لان الحائط يبنى لهما

ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الاجر والحجارة ولا كون الاجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآجر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمران بن حارثة التميمي عن ابيه أن قوما اختصموا

ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن ابي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لرجل لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف

ولنا قول النبي ﷺ للحضرمي « بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولان البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قال أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والصغير والكبير والمجنون والمكلف

وقال الشافعي اذا كان المشهود عليه لايعبر عن نفسه أحلف المشهود له لانه لايمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لاينفي احتمال القضاء والابراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فان كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لاقول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لانا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وانه لايحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لانها أقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فبما هو أقوى منها أولى ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لان البينة ههنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف وذلك لايغني عن اليمين فكذلك ماقام مقامه

الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان يحكم بينهم فحكم لمن تليه معاقد القمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فاخبره فقال « أصبت وأحسنت » رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولان العرف جار بأن من بنى حائطا جعل وجه الحائط إليه

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولان وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون الى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليهما جميعاً فبطلت دلالته كالتزويق ، ولانه يراد للزينة فهو كالتزويق ، وحديثهم لا يثبته أهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثا ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وماذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط الى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل احسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه

(فصل) ولاترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا بكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه.

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وانه أودعها للداخل او أعاره إياها أو آجرها منه ولم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بينة فبينة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي

وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى لانه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي » ولان اليمين في حق المدعى عليه فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع، يحققه أن دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته ، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين فهي للخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل والاولى ماذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما كلها ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما مافي يده مع يمينه وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما مافي يد صاحبه وإن قلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما مافي يده من غير يمين

(فصل) فان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه

﴿مسألة﴾ وان تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب العلو الا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وان تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما)

إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لاغير والعرصة التي عليها الدرجة له أيضا لانتفاعه بها وحده وان كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينهما لان يدهما عليه ولانها سقف للسفلاني وموطئ للفوقاني فهي كالسقف وان كان تحتها طاق صغيرة لم تبن الدرجة لاجله وانما جعل مرفقا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لانها بنيت لاجله وحده ، ويحتمل ان تكون بينهما لان يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) فان تنازعا السقف الذي بينهما تحالفا وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولايمكنه السكنى الا به

ولنا انه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما

له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما ، وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لافي الملك إذ يستحيل ان يكون كل واحد منهما يثبت الاخرى والحكم على ماتقدم ، وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما مافي يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما مافي يده

(فصل) واذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فان قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لان بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فان كان حكم بها لزيد لان عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لان الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لان حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا

كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستويا فيه ، وان تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها والا فهو بينهما)

وجملة ذلك ان المكتري والمكري إذا اختلفا في شيء في الدار فان كان مما ينقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكتري لان العادة أن الانسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المستمرة والرحا المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فاشبه الشجرة المغروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها، وقال القاضي هي بينهما إذا تحالفا لانها لاتتبع في البيع فاشبهت القماش فهذا ظاهر يشهد للمكتري وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولاينقلها عنها فاذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن

ينتقض بالاحتمال فان جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته لانها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى اعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فانها تقبل ويحكم من غير اعادة شهادتها كذا ههنا

(فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لان بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لامكان الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى فان شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان

(احداهما) تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقي لقوله ﷺ « البينة على المدعي » ولان بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد أشبهت الصورة التي قبلها

(والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة فان كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي

تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر شيخنا في الكتاب المشروح أنه ان كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فالمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن احد الرفين لمن له الآخر وكذلك اذا اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لان احدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة

﴿ مسئلة ﴾ وان تنازعا دارا في أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف

نص عليه احمد ولا يمين على الآخر لان النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا الا انه حكي عن ابن شبرمة ان لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لان النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولنا ان مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما في النصف فيكون النصف لمدعي الكل والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم ، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي الكل وعلى قول

قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان ، وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فان اتفق تاريخ السنين إلا أن بينة الدخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما، وإن ادعي أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لان بينة الابتياع شهدت بأمر حدث خفي على البينة الاخرى فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل

(مسألة) قال (ولو كانت الدابة في ايديهما فاقام أحدهما البينة انها له واقام الآخر البينة انها له نتجت في ملكه سقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لان يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فهي بينهما أيضاً لان كل واحد منهما يستحق مافي يد الآخر بنكوله، وان نكل أحدهما وحلف الاخر قضي له

أبي حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار في يد ثالث لايدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وان كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا تستعمل البينتان اقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) وان كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، وإن ادعى كل واحد منهم ان بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له بها لان بينته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وان لم تكن لواحد منهم بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فان ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فان لم يكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ماحكم له به لان يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لاحدهم بينة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه وإن كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الاخر على جميع مايأخذه وان كانت لكل

بجميعها لانه يستحق ماني يده بيمينه وما في يد صاحبه اما بنكوله وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه ، وان كانت لاحداهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم في هذا خلافا ، وان اقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لما روى ابو موسى رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما والاول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين فروي أنه يحلف وهذا ذكره الخرقي لان البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطها كالخبرين اذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به ببينته ويحلف معها في أحد القولين والرواية الاخرى أن العين تقسم بينهما من غير يمين

واحد بما يدعيه بينة فان قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لان يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلة ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه لأن أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة فيهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بينته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لتقدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن ، وان كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البينات فيه فان قلنا تسقط البينات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البينتان قسمت العين بين المتداعيين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف

وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة الى يمين فاما ان شهدت إحدى البينتين بان العين لهذا وشهدت الاخرى أنها لهذا الآخر نتجت في ملكه فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين (احداهما) لايرجح به وهو اختيار الخرقي لانهما تساويا في ما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم (والثانية) تقدم بينة النتاج وما في معناه وهومذهب أبي حنيفة لانها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والاخرى خفي عليها ذلك فيحتمل ان تكون شهادتها مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما اذا كانت العين في يد غيرهما

(فصل) فان شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي وقول القاضي قياس المذهب تقديم اقدمهما تاريخا وهو قول أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لان المتقدمة التاريخ اثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تجب استدامته وان لايثبت لغيره ملك الا من جهته. ووجه قول

السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً واصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروي هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من احد عشر سهما.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ماادعاه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعر:

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت * فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي * استبلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ماسيفو به * وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المال ربعه * ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسئلة عالت الى ثلاثة عشر وذلك

الخرقي ان الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز ان يعلم به دون الاول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الاخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي ، وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة قلنا انما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته فان وقتت احداهما واطلقت الاخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يحتمل ان يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبي يوسف ومحمد

ولنا أنه ليس في احداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو اطلقتا أو استوى تاريخهما

(فصل) ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة وبهذا قال أبو حنيفه والشافعي ويتخرج ان ترجح بذلك مأخوذا من قول الخرقي ويتبع الاعمى أو ثقهما في نفسه وهذا قول مالك لان أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لانها خبر ولان الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به واذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى وقال الاوزاعي يقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدهما شاهدان وللاخر أربعة قسمت العين بينهما اثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها

انه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلثاها اربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم وله ربعها لانه في يده والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا ان قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه، وإن قلنا تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عيناً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده، وإن كانت الدار في يد خامس لايدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لان أحداً لاينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي، فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي الثلثين أخذه وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقين في الباقي فان وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا انهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعي الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع ، على الرواية الأخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثا ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعاً وتصح المسألة من

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى انه لو شهد النساء منفردات لاتقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لاترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البينتين حجة في المال فاذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجه بمفرده فاشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين

(والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح ان شاء الله وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) واذا كان في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهي بينهما نصفين نص عليه احمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر لان النصف المحكوم له به لامنازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافا إلا انه حكي عن ابن شبرمة ان لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لان النصف له لامنازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولنا ان يد مدعي النصف على مايدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فان كان

ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثاثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع، ولمدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي

﴿ مسئلة ﴾ (وان تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما)

اذا اختلف الزوجان في قماش البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وان لم تكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد ان مايصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن

لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدعي الكل والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي فتكون الدار كلها لمدعي الكل وهو قول ابي حنيفة وصاحبيه فان كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما ، وإن قلنا تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين

(والثاني) يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فان كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد فان ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة أو عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له به لان بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فان ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فان لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لان يد كل واحد منهم على ثلثها وإن

فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال والنساء فهو بينهما ، فان كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه وان لم تكن لهما بينة اقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطي المتاع وقال في رواية مهنا وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لان أيديهما جميعاً على قماش البيت بدليل مالو نازعهما فيه اجنبي كان القول قولهما وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها او قميصا احدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جداراً متصلا بجدار بهما معقوداً ببناء احدهما

﴿مسئلة﴾ (وان اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والخرقي)

لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت فآلة العطار له وآلة النجارين للنجار فان لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يرجح احدهما بصلاحية العين المختلف له فيها كما يذكر في مسئلة الزوجين بعد وقال القاضي هذا انما هو اذا كانت ايديهما عليه من طريق

كانت لأحدهم بينة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فان كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة فان قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً لان يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلة ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لامنازع له فيه فان أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خرجة عنهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه و قرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه

وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه

الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في ايديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الا أنهما قالا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، واذا اختلف احدهما وورثة الاخر فالقول قول الباقي، لان اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل مالو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت للخياط وقال أبو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها وقال مالك ما صلح للكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لان البيت للرجل ويده عليه أقوى لان عليه السكنى وقال الشافعي وزفر والبتي ما كان في البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يتقدم احدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن يديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه اجنبي كان القول قولهما وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة احدهما راكبها والاخر آخذ بزمامها او جدارا متصلا بدار احدهما معقودا ببناء احدهما اوله أزج

ولنا على أبي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما اشبه اذا كان في اليد الحكمية، فاما ما كان

مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البينات فيه فان قلنا تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول ابي عبيد وقول الشافعي اذ كان بالعراق

وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين سهما لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول للشافعي ، وقال ابو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ويروى هذا عن مالك وهو قول للشافعي

وقال ابن ابي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصح من أحد عشر سهما

وسئل سهل بن عبد الله بن ابي أوس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بايديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ماادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه فاجاب فيهم بشعر يقول :

يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في ايديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للباقي منهما ان وارث الميت قائم مقامه اشبه مالو جعل احدهما لنفسه وكيلا

(فصل) فأما اذا لم تكن لاحدهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح احدهما بصلاحية ذلك له بل ان كانت في ايديهما فهي بينهما وان كانت في يد احدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا له بها في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكمية فاشبها سائر المختلفين

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه اذا لم تكن بينة) لاحتمال ماادعاه خصمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان لاحدهما بينة حكم له بها)

وجملة ذلك ان البينة اذا كانت للمدعي وحده وكانت العين في يد المدعى عليه حكم بالبينة للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول اهل الفتيا من اهل الامصار منهم الزهري والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن ابي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لوأثبت كذا وكذا شهداء عندي ماقضيت لك حتى تحلف

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولان البينة احدحجتي الدعوى

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي ... طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث وللذي ... استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينو به ... وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفا من المال ربعه ... ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك انه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلثاها أربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فإن كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لانها في يده فالقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه وإن قلنا تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لان احداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعي الثلثين أخذه وإن وقعت

فيكتفى بها كاليمين اذا ثبت ذلك فقال اصحابنا لافرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والعقل والمجنون والصغير والكبير وقال الشافعي اذا كان المشهود عليه لايعبر عن نفسه احلف المشهود له لانه لايعبر عن نفسه في دعوى القضا والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة قال شيخنا وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لاينفي احتمال القضاء والابراء بدليل ان المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فاذا كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة فان كان غائباً او ممن لاقول له بقي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه وان لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج الى الحلف معها لانا ان قلنا بتقديمها مع التعارض وانه لايحلف معها فمع افرادها اولى ، وان قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب ان يكتفى بها عن اليمين لانها اقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فما هو اقوى منها اولى ويحتمل ان تشرع ايضا لان البينة ههنا يحتمل أن يكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد الا ماافادته اليد والتصرف لايغني عن اليمين فكذلك ماقام مقامه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب ، وعنه إن

لمدعي النصف اخذه وأقرع بين الباقين في الباقي وإن وقعت لصاحب الثلث اخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي اذ كان بالعراق الا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا للمدعي الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع ،وعلى الرواية الاخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثا ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعا وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهما لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أتساع الدار ولمدعي الثلثين ثمانية اسهم تسعان وهي مثلما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة اسهم تسع وربع تسع ولمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس ، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

شهدت بينة المدعى عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطيعة من الامام قدمت بينته وإلا فهي للمدعي ببينته وقال القاضي فيها اذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال)

وجملة ذلك ان من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي ببينته وتسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا اختيار الخرقي وهو قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته اقدم تاريخا قدمت وإلا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه ،وأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لانها اذا شهدت بالسبب فقد افادت مالا تفيده اليد وقد روى جابر بن عبدالله ان النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فقام كل واحد منهما البينة أنه أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده ،وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ان بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تفد الا ما افادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب الى تقديم بينة المدعي عليه بان جنبته أقوى لان الاصل معه ويمينه تقدم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وانها لاحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه)

وجملته ان الرجلين إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه وإن اعترف انه لا يملكها وقال لا اعرف صاحبها او قال هي لاحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت اليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي ﷺ ان يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبوداود ولانهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو أعتق عبيداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، واما ان كانت لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب

(احداهما) تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن وروي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وابو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي وذلك لما روى ابن المسيب أن رجلين إختصما الى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل منهما بشهود

على يمين المدعي فاذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدم بينته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة من جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ولان بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبينة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز ان يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليه بينة المدعي كما تقدم اليد كما ان شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقال الشافعي في أحد قوليه يستحلف صاحب اليد لان البينتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا ان إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما ارجح بوجه من الوجوه ولا نسلم ان البينة الراجحة تسقط وانما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقام الداخل ببينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة انه اشتراها

عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحداهما على الاخرى فسقطتا كالخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالها روايتان (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما روى أبو موسى ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير وأقام كل واحد منهما البينة انه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين ولانهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته

(والرواية الثانية) تقدم احداهما بالقرعة وهو قول الشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الامر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته.

ولنا الخبران وان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما . إذا ثبت هذا فاننا إذا قلنا إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى .

من الداخل فقال القاضي تقدم بينة الداخل لانه الخارج في المعنى وقيل تقدم بينة الخارج) لقول النبي ﷺ « البينة على المدعي »

(فصل) إذا ادعى الخارج ان العين ملكه وأنه أودعها الداخل أو اعاره اياها أو اجرها منه ولم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه لانعلم فيه خلافا وان كان لكل واحد منهما بينة قدمت بينة الخارج وهو قول الشافعي وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى كالمسئلة قبلها لانه ثبت ان المدعي صاحب اليد فان يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع . يحققه ان دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون مبطلة لبينته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه اياها واقاما بينتين قضي للخارج ويقتضي قول القاضي انها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما جميعها ولا بينة لهما ولا لاحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وان اقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين وان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما

(فصل) فان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فان قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وان قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة وان اقر بها بعد ذلك لهما أو لاحدهما قبل اقراره وان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بان يده نائبة عن يده ، وان أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك .

(فصل) وان تداعيا عيناً في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا أعرفه عيناً أو قال لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما أوقال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً فادعى كل واحد منهما إنك تعلم أني صاحبها أو أني الذي أودعتكها أو طالبت يمينه لزمه أن يحلف له لانه لو اقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ماادعاه من نفي العلم وان صدقاه فلا يمين عليه وان صدقه احدهما حلف للآخر وان اقر بها لواحد منهما او غيرهما صار المقر له صاحب اليد فان قال غير المقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعتكها لزمه اليمين على ماادعاه من ذلك لما ذكرنا وان نكل عن اليمين قضي عليه بقيمتها وان اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به.

لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وان اقاما بينتين فلكل واحد منهما شاته التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وان كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك وإن ادعى واحد منهما ان الشاتين له دون صاحبه واقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما مافي يد الآخر ومن قدم بينة الداخل او قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما مافي يده

(فصل) اذا ادعى زيد شاة في يد عمرو واقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد واقام بها بينة فان قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لان بينة زيد مقدمة عليها وان قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع ؟ فان كان حكم بها لزيد لان عمرا لا بينة له ردت الى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وان كان حكم بها لزيد لانه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وان كانت بينة عمرو قد شهدت له ايضا وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم ايضا لان الفاسق اذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم اعادها بعد لم تقبل وان لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لانه حكم حاكم الاصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال وان جاء ثالث فادعاها واقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا

(فصل) وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال احدهما آجرتكها وقال الآخر هي داري اعرتكها او قال هي داري ورثتها من ابي او قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرهما صاحب اليد وقال هي داري فالقول قوله مع يمينه وان كان لاحدهما بينة حكم له بها ، وإن اقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى الا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فان بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وان أقام احدهما بينة انه غصبها منه وأقام الآخر بينة انه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بان يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه ولا يغرم للمقر له شيئاً لأنه ماحال بينه وبينها وانما حالت البينة بينهما ولو أقر بها لاحدهما أو اقر انه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من اقر له بها اولا ولزمه غرامتها للآخر لانه حال بينه وبينها باقراره الاول .

(فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين يعني وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما اصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما

يحتاج زيد الى اقامة بينة لانها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج الى اعادتها كالبينة اذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فانها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتها كذا ههنا

(فصل) واذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل انها له منذ سنة واقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده انها في يديه منذ سنتين واقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لان بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لامكان الجمع بينهما بان تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك اولى وان شهدت بينته بانها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقديم التاريخ من بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان (إحداهما) تقدم بينة الخارج وهو قول ابي يوسف ومحمد وابي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقي لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي » ولان بينة الداخل يجوز ان يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد فاشبهت الصورة الاولى (والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة وان كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج انه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها

فصل اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما فان انكرهما زيد حلف وكانت العين له وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان اقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت اليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لا أعلم لمن هي منكما اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع انها له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه ثم ان اقر بها للآخر لزمته غرامتها له وان اقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا فان كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لانه ثبت انه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فان كانت في يد احدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البينتان رجع الى البائع فان انكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر وان اقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وان قلنا لا تسقط البينتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا

قولان فان ادعى الخارج انها ملكه منذ سنة وادعى الداخل انه اشتراها منه منذ سنتين واقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول ابي ثور فان اتفق تاريخ البينتين إلا ان بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من اسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فان ادعى انه اشتراها من الآخر قضي له بها لان بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الاخرى فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على التعديل

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني أن تكون العين في يديهما فيتحالفان وتقسم بينهما)

وجملة ذلك انه اذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافا لان يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لان كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وان نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له بجميعها لانه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه، وان كان لاحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لانه يرجح بالبينة

﴿مسألة﴾ (وان تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وارض الآخر تحالفا وهي بينهما)

لانها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطا بين داريهما وفي كل موضع قلنا

وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لانه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لاحكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر شيئاً سوى هذا ومن قال تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره ابو الخطاب

وقد نص عليه احمد في رواية الكوسج في رجل أقام البينة انه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة انه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن فيكونان شريكين

وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على ان البائع أقرلهما جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول ابي الخطاب

فعلى هذا إن كان المبيع مما لايدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختارا الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر اليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع

(فصل) فان ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر انه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التي قبلها في المعنى فان كانت في

هو بينهما نصفين انما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون مالايحصل له

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا صبياً في يديهما فكذلك)

لان يدهما عليه واليد دليل الملك والطفل لايعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه رقه لان اللقيط محكوم بحريته فأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه فاما ان كان مميزاً فقال إني حر منعا منه إلا ان تقوم بينة برقه لان الظاهر الحرية وهي الاصل في بني آدم والرق طارىء عليها فان كان له بينة قدمت البينة لانها تقدم على الاصل لانها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لانه غير مكلف أشبه الطفل والاول أولى لان المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولانه يعرب عن نفسه في دعوى الحرية أشبه البالغ فاما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه الا ببينة وان لم تكن له بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فان ادعى رقه اثنان فاقر لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فاشبه الطفل والثوب

ولنا أنه إنما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لولم تكن يده عليه ويخالف الثوب

يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لان بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فانكرهما وادعاها لنفسه فان قلنا تسقط البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لاحدهما صار الداخل إلا ان يقر له بعد أن يحلف انها له وإن قلنا تقدم احداهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه،وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر البيع على الآخر لان البائع اثنان بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما اذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على مامضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو احداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ احداهما فهل ترجح بذلك على وجهين فاما إن شهدت البينة انه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولا ويغرم قيمتها للآخر

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بالف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما

والطفل فان الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيها وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به فان أقام كل واحد بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وان اعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لان البينتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وان قلنا بالقرعة أو بالقسمة فانكرهما لم يلتفت الى إنكاره فان اعترف لاحدهما لم يلتفت الى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لاحدهما لم يرجح باقراره

﴿مسئلة﴾ (وان كان لاحدهما بينة حكم له بها لانه ترجح بالبينة وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخا فان وقتت احداهما وأطلقت الاخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة)

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما

مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان فان قلنا تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فان أنكرهما حلف لهما وبرئ وإن أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بالف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للاخر ويبرأ وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فان كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه واذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما ، فان قيل فلم قلتم انه اذا كان البائع واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بينة انه اشتراها في المحرم واقام الآخر بينة انه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلا ؟ قلنا لانه إذا ثبت الملك الاول لم يبطله بان يبيعه الثاني ثانياً وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لانه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ماليس له فافترقا، فان قيل فاذا كانت البينتان مطلقتين او احداهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك قلنا انه متى امكن صدق البينتين وجب تصديقهما وإ

فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

﴿مسئلة﴾ (وان كانت إحداهما متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد احداهما أنها له منذ سنة وتشهد الاخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخا)

قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك الا من جهته وظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الاول بدليل انه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي وقولهم إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته

﴿مسئلة﴾ (فان وقتت إحداهما وأطلقت الاخرى فهما سواء) ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد

يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه ما من بينة الا ويحتمل ان تكون كاذبة او غير عادلة او متهمة أو معارضة ولم يلتفت الى هذا الوهم كذا ههنا

(فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان ان هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لآخر ان هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز ان تعلم كل بينة ما لم تعلمه الاخرى

(فصل) وإذا ادعى رجل عبدا في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وان أقر لاحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه و كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الاولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع ، لان بيع الحر لا يصح وإن سبق البيع لم يصح العتق لانه اعتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد إلى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع ، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين او احداهما مطلقة تعارضتا لانه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه

ولنا انه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما

﴿ مسألة ﴾ (وان شهدت احداهما بالملك والاخرى بالملك والنتاج أو سبب من اسباب الملك فهل يرجح بذلك ؟ على وجهين)

(احداهما) لا يرجح به وهو اختيار الخرقي لانهما تساوتا فيما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم

(والثاني) تقدم بينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لانها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والاخرى خفي عليها ذلك فيحتمل ان تكون شهادتها مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقديم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

﴿مسألة﴾ ولا تقدم احداهما بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين)

لا ترجح احدى البينتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذا من قول الخرقي ويقدم الاعمى أوثقهما في نفسه وهذا قول مالك لان احد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولانها خبر ولان الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به

خارج وان كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ويرجع الى السيد فان انكرهما حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو أقر بانه مأعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه ويحلف البائع للمشتري وإن أقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد لانه أنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في احلافه، وإن قلنا يستعملان فاعترف لاحدهما لم يرجع باعترافه لان ملكه قد زال فان قلنا ترجح احدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال أبو بكر هذا قياس قول ابي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق إلى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة قامت عليه بأنه اعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتها

(فصل) اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمة فانها لو اردت ابتداء النكاح لم تمنع منه وان ادعاها اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لان الآخر يدعي ملك نفسها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمة فانها لو اردت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فان قيل فلو تداعيا عيناً في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين وانما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار به ههنا فان كان لأحد

وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى وقال الاوزاعي تقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدهما شاهدان وللآخر اربعة قسمت العين بينهما أثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها

ولنا ان الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وان كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البينتين حجة في المال فاذا اجتمعتا تعارضتا فاما ان كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

(احدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح ان شاء الله تعالى وللشافعي قولان كالوجهين

﴿مسئلة﴾ وان تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها)

المتداعيين بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل الي القسمة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها في النكاح

(فصل) اذا قال السيد لعبده ان قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لان الاصل عدم القتل، فان أقام بينة بدعواه عتق وان اقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) تتعارضان لان احداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق وان قال ان مت في رمضان فعبدي سالم حر وان مت في شوال فعبدي غانم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وان اقروا لاحدهما عتق باقرارهم وان اقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) تقدم بينة سالم لان معها زيادة علم فانها أثبتت ما يجوز ان يخفى على البينة الاخرى وهو موته في رمضان

وجملة ذلك ان البينتين إذا تساوتا تعارضتا. وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وماذكرناه من المعنى. واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روي انه يحلف وهو الذي ذكره الخرقي لان البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها

والرواية الاخرى: تقسم بينهما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح ان شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولايصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والاولى أصح ان شاء الله تعالى للخبر والمعنى.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول وهي ملكه وتشهدالبينة به)

(والثاني) يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما

(والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وان قال ان برئت من مرضي هذا فسالم حر وان مت منه فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برىء او لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فأشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول غانم لان الاصل عدم البرء ، وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى ولا يصح هذا القول لان التعارض أثره في اسقاط البينتين ولو لم يكونا اصلا لعتق احدهما فكذلك اذا سقطتا وذلك لانه لا يخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (أحدهما) أن يقرع بينهما كما في مسئلة الطائر لان البينتين اذا تعارضتا قدمت احداهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة سالم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان اقر الورثة لاحدهم عتق باقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا الا ان يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده اذا لم تكن للآخر بينة

(فصل) وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الاخر غانم انه أعتقه

وجملة ذلك انه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهي ملكه واقام بذلك بينة حكم له بها لانه ابتاعها من مالكها وكذا ان شهدت أنه باعه اياها وسلمها اليه حكم له بها لانه لم يسلمها إليه إلا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لانه يمكن أن يبيعه مالا يملكه فلا يزال صاحب اليد فان ادعي أحدهما أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر انه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقاما بذلك بينتين تعارضتا فان كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الخارج والداخل فان كانت في أيديهما قسمت بينهما لان بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه فان قلنا تسقط البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لاحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف انها له وإن قلنا يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل احد منهما بنصف ثمنها فان كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لو احد منهما ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من

في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما لان ماشهدت به كل بينة لاينفي ماشهدت به الاخرى ولا تكذب احداهما الاخرى فيثبت اعتاقه لهما ثم ينظر فان كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض اذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما او أطلقتا او احداهما فهما سواء لانه لامزية لاحداهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الاخر الا ان يجيز الورثة لانه لايخلو إما ان يكون اعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين اعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن لا مال غيرهم او يكون اعتق احدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول للشافعي لانه اقرب الى التعديل بينهما فان في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق الرق وفي القسمة لايخلوا المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على احدى الروايتين اذا تعارضت به بينتان والاول المذهب لانه لايخلو من شبهة باحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم ان في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر قلنا وفي القسمة ارقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق

المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما الفسخ لم يتوقف المبيع على الآخر لان البائع اثنان والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقام أحدهما بينة انها ملكه وأقام الآخر بينة انه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثاني)

لانها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثاني .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقام رجل بينة ان هذه الدار لابي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة ان أباه أصدقها اياها فهي للمرأة) لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثالث تداعيا عيناً في يد غيرهما فانه يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف انها له وأخذها)

وجملة ذلك ان الرجلين اذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف ، وان اعترف أنه لايملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لاأعرفه عيناً اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف انها له وسلمت اليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا ام كرها رواه أبو داود ، ولانهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبيداً لا مال له غيرهم في مرض موته

يقيناً وهو اعظم ضرراً وان كانت قيمة احدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الاول او الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث وإن كان لاحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر ، وان كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن احداهما تشهد انه أعتق سالماً في مرضه والاخرى تشهد بانه وصى بعتق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة ، لان التبرع يقدم على الوصية وان كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت احداهما انه وصى بعتق سالم وشهدت الاخرى انه وصى بعتق غانم فهما سواء ويقرع بينهما سواء اتفق تاريخها أو اختلف لان الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر وقال أبو بكر وابن أبي موسى يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لان القرعة إنما تجب إذا كان احدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنين بمال والأول قياس المذهب ، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت انه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ، ولان المعنى المقتضي لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت فأما إن صرح فقال اذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أو كان في لفظه مايقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت مااقتضاه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المدعى عبداً فأقر لاحدهما لم يرجح باقراره)

لانه محجور عليه أشبه الطفل فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف نعلمه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب)

(احداهما) تسقط البينتان ويقترع المتداعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين ان تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي لما روى ابن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالها روايتان (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولانهما تساويا في دعواه فتساويا في قسمته (والرواية الثانية) تقدم احداهما وهو قول للشافعي وله قول رابع يوقف الامر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح الحكم له في قضية

(فصل) فان خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد أجنبيان انه أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الابنان في شهادتهما وكانت البينتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا أجنبيين سواء لانه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين فان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقالا ما أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما أعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ماشهدت به حكم ما اذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت له القرعة ويرق اذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه الحرية ، وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه ان حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الاجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فان كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت ببينة عادلة وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت

ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن المسيب ولان تعارض الحجتين لايوجب التوقف كالخبرين بل اذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما اذا ثبت هذا . فأما اذا أسقطنا البينتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع بينته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالاولى وانما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فان قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة وتدفع الى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك، وان قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر صاحب اليد لاحدهما لم يرجح باقراره اذا قلنا لاتسقط البينتان)

لانه قد ثبت زوال ملكه فصار كالاجنبي وان قلنا بسقوطهما فأقر بها لهما أو لاحدهما قبل اقراره، فأما ان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى
وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يعتق نصفه في الأحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الاجنبية فقالت ما أعتق غانما انما أعتق سالما عتق العبدان وقيل يعتق من سالم ثلثاه والاول أولى
(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لانهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا فان قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم قلنا وهما يسقطان ولاء سالم وعلى ان الولاء إثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما لو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الارث لهما وتقبل شهادة المرأة لأخيها بالمال وإن جاز أن يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعاها صاحب اليد لنفسه وقلنا بسقوط البينتين حلف لكل واحد منهما وهي له وهو قول القاضي) .
لانه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وقال أبو بكر بل يقرع بين المدعين فتكون لمن تخرج له القرعة وهذا ينبني على ان البينتين إذا تعارضتا لا يسقطان فرجحت احدى البينتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد انها لاحدهما لا يعلمه بعينه
(فصل) اذا تداعيا عيناً في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا أعرفه عينا أو قال لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما أو قال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً فادعى كل واحد منهما انك تعلم اني صاحبها أو اني أنا الذي أودعتكها وطلب يمينه لزمه أن يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه، وان صدقه أحدهما حلف الآخر وإن أقر بها لاحدهما أو لغيرهما صار المقر له صاحب اليد فان قال غير المقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعكها لزمته اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضي عليه بقيمتها وإن اعترف لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءاً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .
(فصل) اذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان فقال أحدهما أجرتكها وقال الآخر هي داري

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بانه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه. وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالما ان غانماً يعتق كله وهذا مثله.

فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته، فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ماذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة فيعتقا ان خرجا من الثلث وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن

أعرتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه، وان كان لاحدهما بينة حكم له بها فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فإن بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب، وان أقام احدهما بينة انه غصبه إياها واقام الاخر بينة إنه اقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا واقر بها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع الى المغصوب منه

(فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل اخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى احدهما ثوبا من هذين الثوبين وادعاه الاخر يقرع بينهما فأيهما اصابته القرعة حلف واخذ الثوب الجديد والآخر للآخر وانما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدنتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما فإن أنكرهما زيد فهي له مع يمينه وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لا أعلم لمن هي أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه وان أقر بها للآخر

الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن لانه لاتهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة انه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئاً لانه قد ثبت بالبينة الثانية انه رجع عن وصية زيد وهي احدى الوصيتين فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لا تصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قالا نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفاً وان لأحد هذين على هذا ألفاً ويكون الثلث بين الجميع أثلاثاً

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبدالله انه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته وهذا قول ابن ابي موسى واذا صح الرجوع عن احداهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) وان شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على ان الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا ؟ فيه وجهان

لزمته غرامتها له وان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لتقدم بينته بانه باعها منه أولا وزال ملكه عنها فيكون بيع الثاني باطلا لكونه باع مالا يملكه ويطالب برد الثمن وان اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فان كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها له وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البينتان رجع الى البائع فان أنكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر وان أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بينة وان قلنا لا تسقط البينتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لانه قد ثبت زوال ملكه وان يده لا حكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بينة انه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة انه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على ان العين في أيديهما أو على ان البائع أقر لهما

(أحدهما) يعارضها فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين

(والثاني) لا يعارضها لان الشاهدين اقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة، فأما ان شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو، والفرق بين المسئلتين أن في الاولى تقابلت البينتان فقدمنا اقواهما وفي الثانية لم يتقابلا وانما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

«مسئلة» قال (ولو كان في يده دار فادعاها رجل فاقر بها لغيره فان كان المقر له بها حاضرا جعل الخصم فيها وان كان غائبا وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي ببينته وكان الغائب على خصومته متى حضر)

وجملته أن الانسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي انما هي لفلان وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فان صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من

جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا ان كان المبيع مما لايدخل في ضمان المشتري الا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وان اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر الا ان يكون الحاكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الاخر اليه وهذا قول الشافعي في كل موضع

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه واقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعي كل واحد منهما: إني اشتريتها منه على مامضى من التفصيل فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد فادعى العبد ان زيدا أعتقه وأقام كل واحد بينة انبني على بينة الداخل والخارج فان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعيا عينا في يد غيرهما)

اذا ادعي رجل عبداً في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده اعتقه ولا بينة لهما فانكرهما حلف لهما والعبد له فان أقر لاحدهما ثبت ماأقر به ويحلف للاخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين

هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وان قال المدعي إحلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمرو فانها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي وانما هي للمدعي حكم له بها وان لم يقل هي للمدعي ولكن قال ليست لي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة ففيه وجهان

(أحدها) تدفع الى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لها اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي والاول أولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعى عليه، وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من اليد له حكما وأما ان أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فان اقررت بها لمعروف والا جعلناك ناكلا

مختلفين قدمنا الاولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع وان سبق البيع لم يصح العتق لانه أعتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد الى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احداهما مطلقة تعارضتا لانه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبني ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينه الخارج قدم العتق لانه خارج وان كان في يد البائع وقلنا ان البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما فان انكرهما حلف لهما وإن اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بأنه ما اعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه وان قلنا ترجح احدى البينتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال ابو بكر هذا قياس قول ابي عبدالله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في احد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق الى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة عليه انه اعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن لكل واحد منهما وان أنكرهما حلف لهما وبرئ، وان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر

وقضينا عليك فان أصر قضي عليه بالنكول وان اقر بها لغائب او لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لان الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الامر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه فان قال المدعي احلفوا لي المدعى عليه احلفناه لما تقدم وان اقر بها للمدعي لم تسلم اليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه باقراره بها لغيره وان كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له ان يقدح في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك اليه من المدعي وان اقام بينة انها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فاقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج او سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين وان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه اذا ادعى عليه انك تعلم أنها لي ويتخرج ان يقضى بها اذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان للمودع المخاصمة في الوديعة اذا غصبت ولانها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي اذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة او عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (أحدهما) ان ثبوت الاجارة والعارية يترتب على

وان كان لاحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وإن كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو اطلاقهما أو اطلاق إحداهما وتاريخ الاخرى عمل بهما وان اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم

وان كان في يد انسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما انك اشتريته مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل ان يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان. فان قلنا يسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فان أنكرهما حلف لهما وبرىء وان أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وان أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل ان يشتريها من أحدهم ثم يبيعها للآخر ويشتريها منه وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحلف على الباقي وان قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للاخر ويبرأ وان قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فان كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أحداهما مطلقة ثبت العقد ان ولزمه الثمنان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فان قيل فلم قلتم ان البائع اذا كان واحداً والمشتري اثنان فأقام أحدهما بينة انه اشتراه في المحرم وأقام الاخر بينة انه اشتراه في صفر يكون الشراء الثاني باطلا؟ قلنا انه اذا ثبت الملك للاول لم يبطله بان يبيعه الثاني ثانياً

الملك للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (والثاني) أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق فانه يقضي بها وجهاً واحداً ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقر بانه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ماذكرنا

(فصل) واذا طلب المدعي ان يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان بن فلان الفلاني او خليفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً، فلان بن فلان الفلاني واحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى داراً في يديه وبعينها ويذكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى عليه لفلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بينة وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب جعل كل ذي حجة على حجته فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعي مقدمة على بينته لانها بينة خارج

وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لانه لا يجوز ان يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ماليس له فافترقا فان قيل فاذا كانت البينتان مطلقتين او احداهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه مامن بينة الا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت الى الوهم كذا ههنا

﴿مسئلة﴾ (وان ادعي كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بنية قدم اسبقهما تاريخا لما ذكرنا فان لم تسبق أحداهما تعارضتا

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحدهما غصبني اياه وقال الاخر ملكنيه أو أقر لي به فان اقام كل واحد منهما بينة فهو للمغصوب منه ولا يغرم للاخر شيئاً) لانه لا تعارض بينهما لجواز ان يكون غصبه من هذا ثم ملكه الاخر والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها)

لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمة لانها لو ارادت ابتداء النكاح لم تمنع منه فان ادعاها اثنان فاقرت لاحدهما لم يقبل اقرارها لان الآخر يدعي ملك بضعها وهي معترفة ان ذلك قد ملك

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه واخاله غائباً ولا وارث له سواهما وترك داراً في يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعي بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكريه له وكذلك ان كان المدعى مما ينقل ويحول، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لان الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ههنا

ولنا أنها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً، ولأن فيما قاله ضرراً لانه قد يتعذر على الغائب اقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول ويفارق الشريك الاجنبي إجمالا وتفصيلا أما الاجمال فان المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الاجنبي وأما التفصيل فان البينة ثبت بها الحق للميت بدليل انه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولان الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما ان كان ديناً في ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب فيه وجهان (أحدهما) يقبضه كما يقبض العين

(والثاني) لا يقبضه لانه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الامين

عليها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمة فانها لو ارادت ابتداء تزويج احد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الاخر فان قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين إنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار بها ههنا فان كان لاحد المتداعيين له بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وان أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل الى القسمة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

﴿ باب في تعارض البينتين ﴾

إذا قال لعبده متى قتلت فانت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم القتل فان أقام بينة بدعواه عتق وان أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) يتعارضان لان إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق

لانه لايؤمن عليه التلف إذا قبضه والاول أولى ، لانه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فاننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لانا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قال أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لاتقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطوفها ويأمر مناديا ينادي إن فلانامات فان كان له وارث فليأت فاذا غلب على ظنه انهلو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضميناً ؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ولكن لم يقولا ولا نعلم له وارثاً سواء فان كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا وعلى هذا التخريج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبة شيئاً فان كان الوارث أخا لم يعط شيئاً لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلا والمرأة ربع الثمن عائلا والزوج ربع عائلا لانه اليقين فان المسئلة قد تعول مع وجود

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان مت في المحرم فسالم حر وان مت في صفر فغانم حر واقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم في أحد الوجوه)

لان معها زيادة علم فانها اثبتت مايجوز ان يختفي على البينة الاخرى (والثاني) يتعارضان ويبقى العبد على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فاما ان لم تقم لواحد منهما بينة وأنكر الورثة فالقول قولهم لانه يجوز ان يموت في غير هذين الشهرين وان اقروا لاحدهم عتق باقرارهم وكذلك ان أقام بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فاقاما بينتين تعارضتا وبقيا على الرق ذكره أصحابنا والقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة)

اذا قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لانه لايخلو من ان يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق احدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول سالم لان الاصل عدم البرء وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة

الزوج مثل أن يخلف ابوين وابنين وزوجا ، فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكمل لذوي الفروض فروضهم

(فصل) وإذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس ملكه او منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله

(والثاني) لاتسمع قال القاضي هو الصحيح لان الدعوى لاتسمع مالم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينة على مالم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه او سرقها او ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ماشهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز ان تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين

(أحدهما) انه أقوى من البينة لكونه شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لاتسمع إلا على مادعاه

تنفيها الاخرى وهذا قول لايصح وهو ظاهر الفساد لان التعارض أثر في اسقاط البينتين ولولم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك اذا سقطا وذلك لانه لايخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق احدهما فيلزم وجوده كما لو قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (احدهما) يقرع بينهما كما في مسئلة الطائر ولان البينتين اذا تعارضتا قدمت احداها بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة غانم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان اقر الورثة لاحدهم عتق باقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا الا ان يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتلف ثوبا فشهدت بينة ان قيمته عشرون وشهدت أخرى ان قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين)

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر ان قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله ان يحلف مع الآخر على درهم لانهما اتفقا على درهمين وانفرد احدهما بدرهم فاشبه ما لو شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة واذا شهد شاهدان ان قيمته درهمان وشاهدان ان قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان

والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا

(فصل) وإن ادعى أمة انها له وأقام بينة فشهدت لهـا ابنة أمته او ادعى ثمرة فشهدت له البينة انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه اياها ، وإن قالت البينة ولدتها في ملكه او أثمرتها في ملكه حكم له بها لانها شهدت لنها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لاتقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى مالو قال ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيا مضى ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أقرضه ألفاً او باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هـذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته وان هـذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يضفه إلى ملكه لان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق أجزاء

وهما حجة فيؤخذ بها كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد شاهدان بالف وشاهدان بالفين فانه يجب له الفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسمائة

ولنا ان من شهد ان قيمته درهمان ينفي ان قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الاخبار فان من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لاينفي ان عليه الفا آخر فان قيل فلم قلتم إنه اذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وان شهد شاهد لم يتعارضا وكان له ان يحلف مع الشاهد بالزيادة عليه؟ قلنا لان الشاهدين حجة وبينة واذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما اما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وانما يصير حجة مع اليمين فاذا حلف مع احدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ماليس بحجة كما لو شهد باحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها بل مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضا وقياس مسائل الخرقي ان يجعل للاخ سدس مال الابن والباقي للزوج)

وجملة ذلك أنه اذا مات جماعة يرث بعضهم بعضا واختلف الاحياء من ورثتهم في السابق

الحنطة تفرقت والطير هو أجزاء البيضة استحال وكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانهما غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا باضها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) واذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة انه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه او ان خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد ان خالداً باعه اياها او وهبها له وهو يملكها أو يشهد انها دار عمرو اشتراها من خالد او يشهد انه باعها او وهبها له وسلمها اليه وانما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لان الانسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فان انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك او شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك المدعي او لمن باعه فالظاهر انه ملكه لان اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وانما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لانها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما اذا لم يذكر السبب

بالموت في المسئلة المذكورة فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يمتنع لبقاء موروث الاخر بعده وهذا الامر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لابيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج النصف وهو لايدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميعه ربعه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثه من أبيه قال أبو بكر قد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب فيه إلا ببينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسئلة وذكر قولا آخر يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال شيخنا وهذا ما يدرى ما أراد به ان اراد أن مال المرأة بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى إعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك الى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاها احدهما كلها وادعى الاخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا ان الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في ايديهما فكل واحد منهما في يده

(فصل) واذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى انه مملوكه قبلت دعواه ولم يحل بينه وبينه لان اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع الا ان يعرف ان سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرق لان اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فاذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه وان لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك فان ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد لان النسب مقدم على الولاء في الميراث فان أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لانه يجوز ان يكون ولده وهو مملوك بان يتزوج بامة أو يسبي الصغير ثم يسلم أبوه الا ان يكون الاب عربياً فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وان اقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لايكون الاحراً وان كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه الا أننا إن رأيناه في يده وهما يتنازعان ففيه وجهان (إحدهما) لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ (والثاني) يثبت ملكه عليه لانه صغير ادعى رقه وهو في يده فاشبه الطفل فاما البالغ اذا ادعي رقه فانكر لم يثبت رقه الا ببينة وان لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي الا ان اصحاب

نصفها فمدعي النصف يدعيا وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لاحدهما عليه لاعترافهما بانه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه من غيرهما وان اراد ان سدس مال الابن يضم الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والهدمى أن يكون سدس الابن للاخ وباقي ميراثها للزوج لانا نقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم نقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لامه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول أبي فيما إذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الاخر مات قبله فان كان لاحدهما بينة بما ادعاه حكم له بها وان اقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهدت بينة على ميت انه وصى بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه وصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون

الرأي قالوا متى اقام انسان بينة انه ولده ثبت النسب والحرية لان ظهور الحرية في ولد الحر اكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما اذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفي احتمال الرق وهذا القول هو الصواب ان شاء الله

(فصل) وان ادعى اثنان رق بالغ في ايديهما فانكرهما فالقول قوله مع يمينه ، وان اعترف لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب

ولنا انه انما حكم برقه باعتراف فكان مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يدهما عليه ويخالف الثوب والطفل فان الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيه وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به ، فان أقام كل واحد منهما بينة انه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على مامضى من التفصيل فيه فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وان اعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له ، وان أقر لهما معاً فهو بينهما لان البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين فان قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى انكاره وان اعترف لاحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة انها ملكه واعترف انها ليست له ثم أقر انها لاحدهما لم يرجح باقراره

صاحبه الا ان يجيز الورثة لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما او اختلف لان الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق جميعه

وقال أبو بكر وابن ابي موسى يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة لان القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أوصى لاثنين بمال والاول قياس المذهب لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولان المعنى المقتضي في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت فاما ان صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أوكان في لفظه مايقتضيه أودلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وان أجاز الورثة عتقهما عتقا لان الحق لهم فأشبه مالو أعتقوهما بعد موته

(مسألة) وان شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غانم عتق سالم وحده سواء كانت بينته وارثة أولم تكن)

لانهما لم يجران بشهادتهما الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضرراً فان قيل فهما يثبتان لانفسهما ولاء سالم قلنا وهما يسقطان ولاء غانم أيضاً على أن الولاء إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لاترد الشهادة فيه كما يثبت النسب بالشهادة وان كان الشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لاخيه بالمال وان جاز ان يرثه

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخلى بينها وبينه ولو ادعى رقها قبل منه اذا كانت طفلة لاتعبر عن نفسها، لان اليد دليل الملك وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بانها غير مملوكة له واليد لاتثبت على الحر. فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل اقرارها

(فصل) ولو ادعى ملك عين واقام به بينة وادعي آخر انه باعها منه أو وهبها اياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته انه اصدقها اياها أو اعتقها واقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف نعلمه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الاخرى والبينة الاخرى شهدت بالاصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ماشهدت به البينة الاخرى، ولو مات رجل وترك دراً فادعى ابنه انه خلفها ميراثاً وادعت امرأته انه اصدقها اياها واقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ولانها تدعي امراً زائداً خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع الا أن تشهد البينة بانه باع ملكه أو ما في يده لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فاذا اقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في ازالة ملكه عنها الى المشتري فوجب القضاء له بها، ولو ادعى انسان دارا في يد رجل انها لي منذ سنة وأقام بهذا

(مسألة) (وان كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت)

لانها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كما لو كانت قيمته ثلث المال وان كانت بينته وارثة عتق العبدان لان البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غانم لان سالما عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لان الباقي يصير كانه التركة جميعها وإنما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر، ويحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وان خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم كما لو لم تشهد بالرجوع فان الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها فانه في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل في احدهما فاذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لانه ثلث المال وان وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم لان ذلك ثلث المال

(مسألة) وان شهدت بينة أنه أعتق سالماً في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده)

لانه لا ينفذ تصرفه في مرضه إلا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

بينة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعي الشراء وليس في شهادة البينة الاولى أنه ملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لانه لاتنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة فان المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فان قالت بينة الشراء هو مالكها ثبت الملك بغير خلاف وان لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فهي لمدعي الملك بلا خلاف نعلمه لانه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لانها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر، وان ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينة كاذبة والدابة لمن هي في يده

(فصل) واذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بالف وشهد احدهما أنه قضاه ثبت الاقرار فان حلف مع شاهده على القضاء ثبت والا حلف المقر له انه لم يقضه ويثبت له الالف وان شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاه ألفاً ثبتت عليه الالف لان شاهد القضاء لم يشهد بالف عليه وانما تضمنت شهادته أنها كانت عليه والشهادة لاتقبل الا صريحه بخلاف المسئلة الاولى فان البينة اثبتت الالف بشهادتها الصريحه بها ولو ادعى أنه اقرضه الفاً فقال لا يستحق علي شيئاً فقام بينة بالقرض وأقام المدعى عليه بينة أنه قضاه الفاً ولم يعرف التاريخ برىء بالقضاء لانه لم يثبت عليه الا ألف

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينة غانم أنه اعتقه في مرضه أيضاً عتق اقدمهما تاريخاً فان جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه أعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم انه اعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فلا تعارض بينهما لان ماشهدت به كل بينة لاينفي ماشهدت به الاخرى ولايكذبها فثبت اعتاقه لهما فان كانت البينتين مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض إذا تبرع تبرعا يعجز ثلثه قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو احداهما فهما سواء لامزية لاحداهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر الا أن يجيز الورثة لانه لا يخلو اما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أويكون اعتق احدهما قبل صاحبه واشكل علينا فيخرج بالقرعه كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه .

وهو قول الشافعي لانه أقرب الى التعديل منهما فان في القرعه قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق الرق وفي القسمة لايخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت بينتان والاول المذهب لانه لايخلو من شبهة باحدى

واحد ولا يكون القضاء الا لما عليه فلهذا جعل القضاء للالف الثابتة وان قال ما قرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم تقبل بينته في انه قضاه للقرض لانه بانكاره القرض تعين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الاان بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضي القرض قبل وجوده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافراً فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لان المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بان أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه وان لم يعترف باخوة الكافر ولم تكن بينة باخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لان دعوى المسلم لا تخلو من ان يدعي كون الميت مسلماً أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته في دار الاسلام أو يقول ان اباه كان كافراً فاسلم قبل موته فهو معترف بان الاصل ما قاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل

الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعه ثابتة في كل واحد منهما وقولهم ان في القرعة احتمال ارقاق الحر قلنا وفي القسمة ارقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقينا وهو أعظم ضرراً

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الاجنبية فكذلك وان قالت ما أعتق سالماً انما أعتق غانما عتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا، وان كانت الوارثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فان كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت القرعه له عتق كله، وإن كان متأخراً او خرجت القرعه لسالم لم يعتق منه شيء. وقال القاضي: يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان)

وجملة ذلك ان المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد اجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان في شهادتهما وكانت البينتين عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبيتين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدين، وان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقالا ما اعتق غانماً انما اعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينه عادلة مثبته والاخرى نافيه وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ماشهدت به إذا لم تطعن الوارثة في شهادتها انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت له القرعة ويرق

بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهذا معنى قول الخرقي ان المسلم باعترافه باخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدعيا الاسلامه وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في أيديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولان هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع احكامه احكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب انا ننظر فان كانت التركة في ايديهما قسمت بينهما نصفين وان لم تكن في ايديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عيناً ويقتضي كلامه انها اذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لايصلح لان كل واحد منهما يعترف ان هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده ،وقال أبو الخطاب يحتمل أن يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي .

إذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره . واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه الحرية .

وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي لان العبد الذي شهد به الاجنبيان كالمغصوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الميت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فان كان الاثنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقهما فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت ببينة عادلة وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الاثنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض اصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت عتق الاخر بالبينة العادلة فصار بالبينة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه .

قال شيخنا : وهذا لايصح فانه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة ولانه في حال تقديم تاريخ من شهدت له البينة لايعتق منه شيء و كانت بينة عادلة فمع فسوقها أولى وان كذبت الوارثة

ولنا ماذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث اليه وأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه ، وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الاصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع فأما ان لم يعترف المسلم باخوة الكافر وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوي أيديهما ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في ايديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾ قال (وان أقام المسلم بينة انه مات مسلما وأقام الكافر بينة انه مات كافراً أسقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وان قال شاهدان نعرفه كان كافراً وقال شاهدان نعرفه كان مسلما فالميراث للمسلم لان الاسلام يطرأ على الكفر اذا لم يؤرخ شهود معرفتهم)

وجملة ذلك انه اذا خلف الميت ولدين مسلما وكافراً فادعى المسلم انه مات مسلماً وأقام بذلك بينة وأقام الكافر بينة من المسلمين انه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف

الاجنبية فقد لت ما أعتق سالماً انما أعتق غانما عتق العبدان وقيل يعتق من غانم ثلثاه والاول أولى .

(فصل) اذا شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان انه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده ، وذكر القاضي واصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وان عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه ، وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالم ان غانما يعتق كله وهذا مثله ، فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ماذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة

أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان وإن شهدت إحداهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الأخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي إنتقاله عن دينه لان البقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الاصل الذي تعرفه لانهما اذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا انه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكا لفلان الى أن مات وشهد آخران انه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لانه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الاولى الى ما شهدت به الآخرة ، وإن كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لايقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وان لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وان عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقي تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين آخرتين (احداهما) يقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة حلف وأخذ (والثانية) تقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة

فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الاخر سواء تقدمت احدى الوصيتين عن الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة انه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينات من الورثة أو لم تكن لانه لا تهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة انه رجع عن احدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة لانه قد ثبت بالبينة الثانية انه رجع عن الوصية لزيد وهي احدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو ، وان كانت البينة شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة برجوعه عن احدي الوصيتين لابعينها فقال القاضي لاتصح الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كما لو قالا نشهد ان لهذا على هذين ألفا أو ان لاحد هذين على هذا ألفا فيكون الثلث بين الجميع أثلاثا ، وقال ابو بكر قياس قول أبي عبدالله انه يصح الرجوع عن احدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى واذا صح

تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضي الكلام معه وقول الخرقي فيما اذا قال شاهدان نعرفه كان مسلما وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم ان اصل دينه الكفر ، أما من كان مسلما في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل

(فصل) وان خلف ابناً مسلما وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الاقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الاقارب ويختلفون في دينه فان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة اصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت انه كان كافراً وان الابنين يدعيان اسلامه فيكون القول قول الابوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في اسلامه لان كفره ينبني على انه كان مسلما فارتد أو ان أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت انها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة لان الاصل عدم ذلك وان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة انها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ماادعوه عليها ، وان ادعوا أنه طلقها قبل موته فانكرتهم فالقول قولها وان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان احدهما كان مسلما حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحده اخوه فالميراث للمتفق عليه لان الاصل بقاء الكفر الى ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه كان مسلما قبل القسمة فان من اسلم على ميراث قبل ان يقسم قسم له وان كان احدهما حراً والآخر رقيقا ثم عتق واختلفا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعى عليه انه كان كذلك فانكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما

الرجوع عن احدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك، ووجه ذلك ان الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) اذا شهد شاهدان انه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتعارضان فيحلف عمر مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين (والثاني) لايعارضهما لان الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة . فاما إن شهد واحد انه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع

(فصل) وان اسلم أحد الابنين في غرة شعبان وأسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول منهما مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لان معها زيادة علم لانها بينت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

(فصل) وإن اختلفا في دار فادعى احدهما ان هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس احدهما أخا للاخر وكانت في يد احدهما فهي للذي هي في يده سواء كان مسلما أو كافراً وان كانت في ايديهما فهي بينهما وان كان لكل واحد منهما بينة وهي في ايديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ماقدمنا في مثلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الاحياء من ورثتهم في اسبقهم بالموت كامرأة وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لابيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج نصف ميراث

شاهده وتثبت الوصية له والفرق بين المسئلتين ان في الاول تقابلت البينتان فقدمنا اقرارهما ، وفي الثانية لم يتقابلا وانما يثبت بالرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي

(فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله (والثاني) لايحكم بها ، قال القاضي وهو الصحيح لان الدعوى لاتسمع مالم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينته على مالم يدعه ، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديهما فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فغصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ماشهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل

المرأة وهو لا يدعي الا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بارثه من ابنه قال أبو بكر وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب منه الا ببينة تقوم الاخ وهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسئلة وذكر قولا آخر أنه يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال وهذا اختياري ان كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدرى ما أراد به ان أراد ان مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقي وليس بقول آخر وان أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى اعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن اكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد أن ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه وانما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا أن الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فمدعي النصف يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا بد لاحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وان اراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والهدمى ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقي الميراثين للزوج لاننا نقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ثم نقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لامه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل

الى صاحب اليد ، وذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وان أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين (أحدهما) انه اقوى من البينة لكونها شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداءاً ، وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وان أقر المدعى عليه بذلك، والصحيح انه يسمع ويقضى به لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعى كل واحد

به والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول ... فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وان الآخر مات قبله فان كان لاحدهما بينة بما ادعاه حكم بها وان أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث والله اعلم

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لان القول قول المنكر مع يمينه وان أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لانها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وان مات الرجل وخلف ابنا فادعى الابن انه خلف الدار ميراثا وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك فان لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لا نعلم في هذا خلافا

(فصل) وإذا ادعى رجل انه اكترى بيتاً من دار لرجل شهرا بعشرة فادعى الرجل انه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكترى فيتحالفان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفا لان المشتري يدعي بيعا في العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله فعلى هذا يكون القول قول المكري مع يمينه إذا عدمت البينة وان أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وان كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد أو إحداهما مؤرخة والاخرى مطلقة لان العقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها في زمن واحد محال فان قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة وان قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكتري لانها تشهد بزيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعي فان قيل فهلا أوجبتم الاجرين معا على المكتري كما قلتم فيما إذا اقامت البينة انه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى انه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران قلنا ثم يجوزان يكون

منهما انه مات على دينه فان عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وان لم يعرف فالميراث للكافر لان المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الاسلام)

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الخرقي لان دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون اولاده مسلمين ويكون اخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته في دار الاسلام أو يقول ان أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ماقاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وذكر ابن أبي موسى عن احمد رواية أخرى انهما في الدعوى سواء فالميراث

المهران مستقرين بان يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعة واما الاجرة فلا تستقر الا بمضي الزمان فاذا عقد عقداً قبل مضي المدة لم يجز ان تجب الاجرتان

(مسألة) قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي الفا وشهد آخران على رجل آخر انه أخذ من الصبي الفا كان على ولي الصبي ان يطالب أحدهما بالالف الا ان تكون كل بينة لم تشهد بالالف الذي شهدت به الاخرى فيأخذ الولي الالفين)

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين فان الولي يطالب بالالفين جميعاً لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الالفين فيلزمه أداؤها وعلى الولي ان يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما ان كان المشهود به ألفاً معيناً فشهدت بينة أن هذا الرجل هو لآخذ لها لم يجب إلا الف واحد وللولي مطالبة أيهما شاء لانه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الالف فان كان لم يرده فقد استقر في ذمته وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح فان غرمه الذي لم يرده لم يرجع على أحد لانه استقر عليه وان غرمه الراد له رجع على الذي لم يرده فان غرمه أحدهما فادعى

بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف اصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين اموات المسلمين ولانه يدفن في مقابر المسلمين ويغسل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ويجوز ان يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت التركة في أيديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عيناً ويقتضي كلامه انها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لان كل واحد منهما يقر بأن هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده، وقال أبو الخطاب يحتمل ان يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كفره فأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فان هذا لاضرر فيه على أحد وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت اصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وابي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الاصل بقاء ما كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع وأما ان لم يعترف

ان الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين وان كانا سبيا فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقهما الا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه)

وجملته أن أهل الحرب اذا دخلوا الينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الاسلام من المسلمين وأهل الذمة باقرارهم ولانه اقرار لاضرر على أحد فيه فقبل كاقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافا، وان كانو سبيا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضا سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا أي محمولا كما يقال المقتول قتيل والمجروح جريح لانه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلا لانه حمل نسبه على غيره وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى ان شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الاول لاننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى وانما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفويت ارثه بالولاء على تقدير العتق وان صدقهما معتقهما قبل ، لان الحق له وان لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي فيما اذا أقر بنسب أب او أخ أو جد أو ابن عم وان أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه .

المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما عليه ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في ايديهما دار فادعي كل واحد منهما انها له ولا بينة لهما ويحتمل ان يقدم قول المسلم لان حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضي يقرع بينهما كما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولم يدعها لنفسه ويحتمل ان يقف الامر حتى يعرف أصل دينه وهو قول الشافعي الاان يصطلحا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقام كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضتا وان قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم)

ما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة انه مات على دينه ولم يعرف اصل دينه تعارضتا وان عرف اصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فان شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما

(أحدها) لايقبل (والثاني) يقبل لانه يملك أن يستولد فملك الاقرار به (والثالث) ان امكن ان يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه والا لم يقبل لانه لايملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين ان اقراره يقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الاحرار الأصليين وبه قال ابو حنيفة لانه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو اقر من له اخ بنسب ابن وبهذا الاصل يبطل ماذكروه .

ولنا ماروى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح أن لاتورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد ، وقال أيضاً حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال كتب عمر بن الخطاب ان لاتورث حميلا الا ببينة ، ولان اقراره يتضمن اسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل كما لو اقر انه مولى لغيره فان غيره شريكه في ولائه وفارق الاقرار من الحر الذي له اخ ، لان الولاء نتيجة الملك لجرى مجراه ، ولان الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه الا ترى انه لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء ؟ واذا ثبت انه بعوض كان اقوى من النسب وانما قدمنا النسب في الميراث لقربه لالقوته كما نقدم ذوي الفروض على العصبة مع قربهم .

(فصل) واذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب باقرارهما وان لم يتوارثا لانه يحتمل ان يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو اقرا بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق وان ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر انه ابن عمه احتمل أن يقبل اقراره لانه لاولاء عليه فيقبل اقراره لوجود المقتضي لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل ان لايقبل لانه يرثه المسلمون ولانه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع اولى فان قلنا يقبل اقرارهما فاقر احدهما لابي الاخر انه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة إلى انه ابن أخيه لانه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق امه وهل يثبت بالنسبة الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الاخ فلا تفضي صحة الاقرار الى اسقاط الولاء والاولى انه لايثبت لانه لم يثبت بالنسبة الى احد الطرفين فلم يثبت في الآخر.

متعارضتان وان شهدت احداهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الاخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على اصل دينه ثبتت شهادتهما على الاصل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا اصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما ان يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها كما لو شهدا ان هذا العبد كان ملكا لفلان الى ان مات وشهد آخران انه اعتقه او باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما ان قال شاهدان نعرفه مسلماً وقال شاهدان نعرفه كافراً نظرنا في تاريخهما فان اختلف تاريخهما عمل بالاخرة منهما لانه ثبت انه انتقل عما شهدت به الاولى الى ماشهدت به الاخرى وان كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لايقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما مافي البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجل للرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بينة ثبت له بلا خلاف وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن احمد أن مايصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والاواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حال الزوجية او بعد البينونة وسواء اختلفا او اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام ان يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع اليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطي المتاع، وقال في رواية مهنا: وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن ابي ليلى

وقال القاضي هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما او لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهما قالا مايصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، واذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقي منهما لان اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل انه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت للخياط

وقال ابو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها، وقال مالك ماصلح لكل

بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقي تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين (احداهما) يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الخرقي إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على

واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لان البيت للرجل ويده أقوى عليه لان عليه السكنى

وقال الشافعي وزفر والبتي كل مافي البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن أيديهما جميعاً على متاع البيت بدليل مالو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها أو قميصا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جداراً متصلا بدارهما معقوداً ببناء أحدهما او له عليه أزج

ولنا على ابي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في اليد الحكمية ، فأما ما كان يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للنافي أن وارث الميت قائم مقامه أشبه مالو وكل أحدهما لنفسه وكيلا فاما اذا لم يكن لهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكمية فأشبها سائر المختلفين

(فصل) واذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكونا في دكان واحد لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين

(فصل) وإذا اختلف المكري والمكتري في شيء في الدار نظرت فان كان مما ينقل ويحول كالاثاث والأواني والكتب فهو للمكتري لان العادة ان الانسان يكري داره فارغة من رحله

من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر اما من كان مسلماً في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل

(فصل) وإن خلف ابناً مسلماً وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال موته فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الاقارب .

﴿مسئلة﴾ (وأن خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلفوا في دينه فالقول قول الابوين ويحتمل أن القول قول الابنين)

وقماشه وان كان في شيء مما يتبع في البيع كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد اذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقال القاضي كلام احمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما اذا تحالفا لانها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكتري ، وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو ان المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فاذا تعارضا الظاهران من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا اذا تحالفا كانت بينهما وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر ان احد الرفين لمن له الآخر وكذلك ان اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لان أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة ووجه ظاهر كلام أحمد في ان الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكتري لها معه فكانت لصاحب الدار كالذي له شكل منصوب ولانها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالاوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلاني منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة

(فصل) واذا كان الخيط في دار غيره فاختلفا في الابرة والمقص فهي للخياط لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه لان الانسان اذا دعا خياطا ليخيط له فالعادة انه يحمل معه ابرته ومقصه وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار اذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وانما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها وان اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجارة فهي للنجار وان اختلفا في الخشبة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار ، وان اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد وان اختلفا في الفرش والقطن

ظاهر المذهب أن القول قول الابوين لان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين ابويه فيثبت انه كان كافراً في صغره . ويحتمل أن القول قول الابنين لان كفر أبويه يدل على أصل دينه في صغره واسلام ابنيه يدل على اسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل واحد منهما على مقتضاه فهو كما لو قال شاهدان نعرفه كافراً في صغره وقال شاهدان نعرفه مسلماً في كبره

(فصل) وان خلف ابناً كافراً وأخاً وامرأة مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على

والصوف فهو لصاحب الدار وان اختلف رب الدار والسقا في القربة فهي للسقا وان اختلفا في الخابية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا

(فصل) واذا تنازع رجلان دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها لان تصرفه فيها أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعتها وان كان لاحدهما عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهي لصاحب الحمل لذلك وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر راكب عليها فهي للراكب لانه اقوى تصرفاً وان اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها، وان تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس، وان تنازع اثنان في ثياب على عبد لاحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وان تنازع صاحب الثياب والاخر في العبد اللابس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا

(فصل) فان اختلف صاحب ارض ونهر في حائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لانه ينفعه وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الارض لانه متصل بارضه

ولنا انه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما او حائط بين داريهما وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان وان تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فانما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الآخر لان ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه كالمدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه

(فصل) وان تنازعا عمامة طرفها في يد احدهما وباقيها في يد الآخر او قميصاً كمه في يد احدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها لان يد الممسك بالطرف عليها بدليل انه لو كان باقيها على الارض

قول الخرقي. ووجه ما سبق فيما إذا خلف ابنين مسلماً وكافراً وقال القاضي يقرع بينهما وقد سبق تعليله في مسألة الابنين. وقال أبو بكر قياس المسئلة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الاخ والابن نصفين لانها تدعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم) فلا يخرج الا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الاخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما.

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم اسلمت وادعت

فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في ايديهما تساويا فيها ولو كانت دار فيها ارسة ابيات وفي احد ابياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها كان لكل واحد ماهو ساكن فيه لان كل بيت ينفصل عن صاحبه ولايشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحة التي يتطارق منها الى البيوت فهي بينهما نصفين لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة في ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اد الامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك رواه الترمذي »)

وجملته انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له ان يأخذ من ماله الا مايعطيه بلا خلاف بين اهل العلم فان اخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لايجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين فان اتلفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وان كان مانعا له لامر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً أو عوضه ان كان تالفا ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لايستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها وان كان مانعا له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الاخذ ايضا بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فاشبه مالو قدر على استيفائه من وكيله وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور في المذهب انه ليس له أخذ قدر حقه وهو احدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل وقد جعل اصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجها في المذهب أخذا من حديث هند حين قال لها النبي ﷺ «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» وقال أبو الخطاب ويتخرج لنا جواز الاخذ فان كان

أنها اسلمت قبل موته وانكرها الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم ذلك فان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وانكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه وان ادعوا انه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها فان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافا .

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً حين

المقدور عليه مع جنس حقه أخذ بقدره وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ماينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا

وقال الشافعي ان لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أومن غير جنسه وان كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجز لانهما يتحاصان في ماله إذا أفلس

وقال أبو حنيفة له ان يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورقا أو من جنس حقه وان كان المال عرضاً لم يجز لان أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة الا برضا من المتعاوضين قال الله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من اجاز الاخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه واذا جاز لها ان تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولنا قول النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر وقال ﷺ « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » ولانه ان اخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وان أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه فان التعيين اليه الا ترى أنه لا يجوز له ان يقول اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولان كل مالا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لايجوز له أخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له وأما حديث هند فان أحمد اعتذر عنه بان حقها واجب عليه في كل وقت وهذا اشارة منه الى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو ان قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران (احدهما) ان للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في اباحة اخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

موت ابيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه لان الاصل بقاء الكفر الا ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه اسلم قبل قسم التركة فيرث فان من اسلم على ميراث قبل القسمة قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعي عليه أنه كذلك فانكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما .

(الثاني) ان النفقة ترد لاحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها اخذه فعلى هذا ان اخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان كان متقوماً فان كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا في قياس المذهب وان كان من غير جنسه لزمه غرمه ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنس حقه مع قدرته على اخذه من جنسه وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ان لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ويحتمل ان يجوز له ذلك كما قالوا : الرهن ينفق عليه اذا كان مركوبا أو محلوبا يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطئ رجلا يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بذلك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه اليه

(فصل) إذا ادعى إنسان على انسان حقاً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده أجيب الى ذلك لان الظاهر من المسلمين العدالة ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه لان البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وان كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان (احدهما) يحبس له لان الشاهد الواحد حجة في المال وانما اليمين مقوية له (والثاني) لا يحبس وهو الصحيح لانه ان يحبس ليقيم شاهداً آخر تتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فان حلف ممكن في الحال فان حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ويحتمل ان يقال ان كان المدعي باذلا لليمين والتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما

(فصل) إذا اسلم احد الابنين في غرة شعبان والآخر في غرة رمضان واختلفا في موت ابيهما فقال الاول مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها وان أقام واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لانها معها زيادة علم لانه ثبت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

﴿مسئلة﴾ ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلماً وكافراً فأسلم الكافر وقال اسلمت قبل موت ابي وقال أخوه بل بعده فلا ميراث له لان الاصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

ذكرنا في التي قبلها وان كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فانه يقال للمشهود له ان جئت بشاهد آخر الى ثلاث والا اطلقناه

(فصل) وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم ان يحول بينه وبين سيده إلى ان يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فان عدل الشاهدان سلم اليه الباقي من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وانما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولاننا لولم نحل بينهما أفضى إلى ان تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل ان يحال بينهما ففيه وجهان

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لان البينة لم تتم وهذا مما لايثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد الله أعلم

﴿مسئلة﴾ وان قال اسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لان الاصل بقاء الحياة فان أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو تقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المسئلتين والله أعلم.

الله أكبر

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد، والرجل بالرجل، والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة به

(فصل) والعتق من أفضل القرب الى الله تعالى لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايمان وجعله النبي ﷺ فكاكا لمعتقه من النار ولان فيه تخليصا للآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب ارادته واختياره واعتاق الرجل افضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلا مسلماً كان فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير اي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد واعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنه فما روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من اعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج» متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة به

﴿مسئلة﴾ (وهو من افضل القرب)

لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايمان وجعله النبي ﷺ فكاكا لمعتقه من النار ولان فيه تخليص الآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل احكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل افضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلا مسلماً كان فكاكه منه النار يجزى بكل عظم من عظامه عظما من عظامه ، وأيما رجل مسلم اعتق امرأتين مسلمتين

من عظامه ،وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظما من عظامها »

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه المضي إلى دار الحرب والرجوع عن دين الاسلام أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه اذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه وإن غلب على الظن افضاؤه إلى هذا كان محرما لان التوسل إلى الحرام حرام وإن أعتقه صح لانه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كاعتاق غيره

(فصل) ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ونذكر ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى ولا يحصل بالنية المجردة لانه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الازالة وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية . فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر او محرر او عتيق او معتق أو أعتقتك لان هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفا فكانا صريحين فيه فمتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً

قال احمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي ياحرة فإذا هي جاريته قال قد عتقت عليه

كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظما من عظامه، وأيما امرأة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظما من عظامها» وقيل عتق المرأة للمرأة أفضل

﴿مسئلة﴾ (والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق)

فأما من لاقوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج الى المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته فان كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك اسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق او فسق أو قطع الطريق او جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره اعتاقه فان غلب على الظن افضاؤه إلى هذا كان محرما لان التوسل الى الحرام حرام فان اعتقه صح لانه أعتاق صدر من اهله في محله فصح كعتق غيره

﴿مسئلة﴾ (ويحصل العتق بالقول والملك ولايحصل بالنية المجردة)

لانه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالطلاق والفاظه تنقسم الى صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفا نحو انت حر اومحرر اوعتيق اومعتق او اعتقتك لان هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فمتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق سواء نواه

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها قال هـذا عندي تعتق ام ولده ويحتمل ان لاتعتق في هذين الموضعين لانه قصد باللفظة الاولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه مالو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق يحسبها التي ناداها فانها لاتطلق على رواية فكذا ههنا، فأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه اويقول لعبده ماأنت إلا حر اي انك لاتطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب

قال حنبل سئل أبو عبدالله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه فقال اذا كان لايريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاما نحو هذا رجوت أن لايعتق وأنا أهاب المسئلة لانه نوى بكلامه مايحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق العتق وبهذا قال الثوري وابن المنذر قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده ان المرأة الحرة تمدح بهذا فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحيي الكريم الاخلاق حر، قالت سبيعة ترثي عبدالمطلب شعراً

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة * ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خليتك فهذا إن نوى به العتق عتق لانه يحتمله وان لم ينوه به لم يعتق لانه يحتمل غيره

او لم ينوه قال احمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي ياحرة فاذا هي جاريته قال قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرارا وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل ان لا تعتق في هذين الموضعين لانه قصد باللفظة الاولى غير العتق فلم تعتق به كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق واللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال انت طالق يظنها المناداة فانها لا تطلق في رواية فكذا ههنا، وأما ان قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه اويقول لعبده ما أنت الا حر أي انك لا تطيعني ولا ترى لي حقا ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه انت حر وهو يعاتبه قال اذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حرا أو كلاما شبه هذا رجوت ان لا يعتق وأنا اهاب المسئلة لانه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما اراده ان المرأة تمدح بهذا يقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحيي الكريم الاخلاق حر قالت سبيعة ترثي عبد المطلب

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية فنحو قوله خليتك والحق باهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله حبلك

ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احداهما) انه صريح (والثانية) انه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه فأما إن قال لا رق لي عليك ولا ملك لي عليك وأنت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى وممن قال يعتق بقوله أنت لله اذا نوى الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولنا انه يحتمل انه حر لله او عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكروه لا يصح لان احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكروه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية ، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما أنت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما أنت امرأتي ولا زوجتي .

(فصل) وإن قال لأمته أنت طالق ينوي العتق به ففيه روايتان (احداهما) لاتعتق به وهو قول

على غاربك فهذا ان نوى به العتق عتق وان لم ينوه لم يعتق لانه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وانت مولاي وأنت لله وانت سائبة روايتان (احداهما) انه صريح (والاخرى) كناية ذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احداهما) أنه صريح (والاخرى) كناية قال شيخنا والصحيح أنه كناية لما ذكرناه ، فأما قوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وانت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه احمد وذكر ابو الخطاب فيه روايتين لانه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى وممن قال يعتق بقوله انت لله اذا نوى الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي وقال ابو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه انت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولنا انه يحتمل انت حر لله أو عتيق لله او عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لاحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكروه لا يصح لان احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل الا العتق لكانت صريحة فيه وما احتمل امرين انصرف الى احدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكروه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك

أبي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لايستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك (والرواية الثانية) هو كناية تعتق به الأمة اذا نوى العتق وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه مايحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق

(فصل) فان قال لأكبر منه : أو ان لايولد لمثله هـذا ابني مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال أبو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما تثبت به حريته فأشبه مالو أقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه فلم تثبت به الحرية كما لو قال لطفل هذا أبي أو لطفلة هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد اليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل هذا أبي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تطلق كذا هذا .

(فصل) فان قال لأمته أنت حرام علي ينوي به العتق عتقت وذكر ابو الخطاب ان فيها رواية

خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما انت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما انت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فككت رقبتك وأنت سائبة وانت مولاي روايتان (احداهما) هو صريح في العتق لانها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) يعني العتق فكانت صريحة كقوله اعتقتك (والثانية) هو كناية لانه يحتمل غير العتق

﴿ مسئلة ﴾ (وفي قوله لامته أنت طالق وانت حرام روايتان)

(احداهما) هي كناية والاخرى لا تعتق به وهو قول ابي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الاملاك

(والثانية) هو كناية تعتق به اذا نواه وهو قول مالك والشافعي لان الرق احد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة احدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق

(فصل) وان قال لامته انت حرام ينوي به العتق عتقت ، وذكر ابو الخطاب ان فيها رواية

أخرى لاتعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح انها تعتق به لانه يحتمل أنت حرام على لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلما أو ذميا او حربيا ولا نعلم في هذا خلافا الاعن أبي حنيفة ومن وافقه في ان عتق الحربي لايصح لانه لاملك له على التمام بدليل اباحة أخذ منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله

ولنا انه يصح طلاقه فصح اعتاقه كالذمي ولانه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي وقولهم لاملك له لايصح فانهم قد قالوا انهم يملكون اموال المسلمين بالقهر فلان يثبت الملك لهم في غير ذلك اولى

(فصل) ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي واصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة ولايصح عتق السفيه المحجور عليه وهو قول القاسم بن محمد وذكر ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه يصح عتقه قياسا على طلاقه وتدبيره

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح انها تعتق به لانه يحتمل انك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لعبده وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل ان يعتق)

اذا قال لاكبر منه أولمن لا يولد لمثله : هذا ابني مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لأنه اعترف بما تثبت به حريته فاشبه مالو اقر بها

ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال لطفل هذا ابي او لطفلة هذه أمي ، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهي أسن منه هذه أمي لم تطلق كذا هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتق حاملا عتق جنينها الا ان يستثنيه)

لانه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فان استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن سيرين له ما استثنى وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله ثنياه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا ان تعلم وقياساً على استثنائه في البيع اشبه بعض اعضائها

ولنا انه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولانه تصرف في المال في حياته فأشبه بيعه وهبته ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المكره كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك فلو أعتق عبد ولده الصغير او يتيمه الذي في حجره لم يصح وبهذا قال الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله ﷺ « انت ومالك لابيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السدس مع ولده دل على انه لاحق له في سائره

وقوله ﷺ « أنت ومالك لابيك » لم يرد به حقيقة الملك وانما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ولهذا لا ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع اعتاق عبده ولانه انما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها واذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط باعتاق رقيقه والتبرع بماله ولو قال رجل لعبد

ولنا انه قول ابن عمر وأبي هريرة قال أحمد اذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب اليه في البيع ولقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولانه يصح افراده بالعتق فصح استثناؤه كالمنفصل وخبرهم نقول به والحمل معلوم فصح استثناؤه للحديث ويفارق البيع لانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولان استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وههنا إذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض اعضائها لانه يصح انفراده بالحرية عن امه فيما إذا اعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمة وفيما إذا وطيء بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولان الولد يرث ويورث ويوصى به فكيف يصح قياسه على بعض الاعضاء؟

وروى الاثرم عن ابن عمر أنه اعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولانها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي يخرج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والمنصوص عنه ماذكرنا من انه يصح استثناؤه في العتق ولا يصح في البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما

آخر أنت حر من مالي فليس بشيء فان اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا ان رجلا قال لعبده أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبهذا قال الثوري واسحاق

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (واذا كان العبد بين ثلاثة فاعتقوه معاً أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حرا وولاؤه بينهم أثلاثا)

وجملته ان العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً اما بانفسهم بان يتلفظوا بعتقه معاً او يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد او يوكلوا واحداً فيعتقه او يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فانه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لان النبي ﷺ قال « انما الولاء لمن أعتق » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لانعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، فأما ان أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون او كان المعتقان الاولان معسرين والثالث موسراً فالصحيح فيه انه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن المنذر فيما اذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتق ما في بطنها دونها عتق وحده)

لا نعلم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان واحمد واسحاق لان حكمه حكم الانسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فاسقطت جنيناً وجب فيه غرة موروثة عنه كأنه سقط حياً وتصح الوصية به وله ويرث إذا مات موروثه قبل ان يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمنفصل

(فصل) ولا يصح العتق الا من جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم منهم الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه تبرع بالمال فلم يصح كالهبة ولا يصح عتق المحجور عليه لسفه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاقه وتدبيره

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولانه تصرف في المال في حياته أشبه هبته وبيعه ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المكره كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح

(أحدهما) باطل لانه لا يمكن ان يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن ان يكون انسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن ان يكون نصف المرأة طالقا ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتاق جميعه فبطل كله

(والثاني) يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها اذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه واذا ثبت انه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقي العبد على الرق واذا أعتقه مالكه عتق باعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق لان الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره اذا كان العبد لواحد فاعتق جزءاً منه فانه يعتق جميعه

(فصل) واذا قال كل واحد من الشركاء للعبد اذا دخلت الدار فنصيبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً سواء قالوا ذلك دفعة واحدة او في دفعات متفرقة لان العتق في انصبائهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

عتق الموقوف لان فيه ابطالا لحق البطن الثاني منه وليس له ذلك

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو اعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لابيك» ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له في سائره وقوله عليه السلام «أنت ومالك لابيك» لم يرد به حقيقة الملك وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك إياه بما أخذ منه ولهذا لم ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في امتناع اعتاق عبده لانه انما أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط والتضييع باعتاق رقيقه والتبرع بماله ولو قال رجل لعبد انت حر من مالي فليس بشيء فان اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبه قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري واسحاق

﴿مسألة﴾ (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق الا عمودا النسب)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة وهم الوالدان

(مسئلة) قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته ان الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ولانه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه كما لو أعتق جميع العبد المملوك له واذا اعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصباء شركائه والولاء له وهذا قول مالك وابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وابي يوسف ومحمد واسحاق

وقال البتي لايعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن التلب عن أبيه ان رجلا أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ ذكره احمد ورواه ، ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال ابو حنيفة : لايعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر فأثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولالغيره

وروى قتادة عن ابي المليح عن أبيه ان رجلا من قومه أعتق شقصاً له من مملوك فرفع ذلك

وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات. وأولادهم وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات وان علوا دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين والمولودين وأن بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد كذلك ولم يعتق داود واهل الظاهر احدا حتى يعتقه لقول النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم

ولنا ماروى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه ذو رحم محرم فعتق عليه بالملك كعمودي النسب و كالاخوة والاخوات عند مالك فأما قوله « حتى يشتريه فيعتقه » فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز

الى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح انه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لايسري فيما اذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسرولو عتق نصفه عتق كله واذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له ، لانه عتق باعتاقه من ماله وقد قال النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين او بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال ابو الخطاب في الكافر وجه انه اذا أعتق نصيبه من مسلم انه لايسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لايصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تمليكا لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى مايحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه وسواء ملكه بشراء او هبة او غنيمة او ارث او غيره لانعلم بين اهل العلم فيه خلافا

(فصل) ولا خلاف في ان المحارم من غير ذوي الارحام لايعتقون على سيدهم كالام من الرضاعة والاخت منها والربيبة وام الزوجة وابنتها إلا انه حكي عن الحسن وابن سيرين وشريك انه لا يجوز بيع الاخ من الرضاعة وروي عن ابن مسعود انه كرهه والاول اصح قال الزهري جرت السنة بان يباع الاخ والاخت من الرضاعة ولانهم لا نص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الاصل ولانهما لارحم بينهما ولاتوارث ولا تلزمه نفقته فاشبه الربيبة وام الزوجة .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد)

لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

﴿ مسئلة ﴾ وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسرا لم يعتق عليه الا ماملك وان ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ماملك موسراً كان أو معسراً وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً .

«مسئلة» قال (فان أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لانه قد صار حرا بعتق الاول له)

يعني أن العتق يسري إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له واختاره المزني وقال الزهري وعمرو بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي ﷺ «قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد» وفي لفظ رواه أبو داود «فان كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ، ولان العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث ان العتق مراعى فان دفع القيمة تبينا انه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق ، لان فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه أيوب

وجملة ذلك أن من ملك سهماً ممن يعتق عليه فانه يعتق عليه ما ملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالميراث لان كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو اعتقه بقوله لم يسر اعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فههنا أولى وان كان موسراً وكان الميراث باختياره كالملك بغير الميراث سرى الى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه الا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وانما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل بغير فعله ولا قصده ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ولان مباشرة ما يسري ونسبته اليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فاما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي موسراً كان او معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره وبه قال مالك والشافعي وابو يوسف وعن احمد ما يدل على أنه يسري الى نصيب الشريك إذا كان موسراً

عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد فكان له مايبلغ عنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفي رواية ابن ابي ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذي يعتق مايبلغ ثمنه فهو يعتق كله » وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من اعتق شقصاً في مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق حراً من عبيده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لاينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لاتقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على مايفعلون) وأما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة فاذا ثبت هذا فان الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حراً باعتاقه

لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لأنه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالاجنبي وفارق ماتسبب إليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لانه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وان كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان

(احدهما) لايقوم ولا يسري العتق إليه لانه يدخل ملكه بغير اختياره اشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فاشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الاول يلزمه قبوله لانه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لاتلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له ان يقبله فقبله احتمل أن لايصح القبول لانه فعل مالم يأذن له الشرع فيه فاشبه ما لو باع ماله بغبن واحتمل ان يصح وتكون الغرامة عليه لانه الزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وان باع عبداً لذي رحمه واجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو رحمه موسرا وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال ابو حنيفة لا يضمن لشريكه شيئاً لان ملكه لم يتم الا بقبول شريكه فصار كانه اذن له في اعتاق نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولانسلم انه لايصح قبوله الا بقبول شريكه

وعند مالك يكون ولاؤه بينهم اثلاثاً ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو أن المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك كان عندنا وعند مالك لايعتق منه إلا ماعتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها ايضاً ولو تلف العبد قبل اداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق لانه فوت عليه رقه وعند مالك لاشيء على المعتق مالم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو احد اقوال الشافعي وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا في قدرها رجع الى قول المقومين فان كان العبد قد مات او غاب او تأخر تقويمه زمنا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا احد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك إلا ان يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك لاننا علمنا صدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته ، (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة او اباق فالقول قول

(فصل) إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من امه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج واخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر منه شيء لانه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لها او وصي لها بها فقبلاها في حال واحدة فكذلك وان قبلها احدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت الام وحملها وعليه قيمة باقيهما للزوج وإن قبل الزوج اولا عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية أن الملك لايثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

﴿مسئلة﴾ (وان مثل بعبده فجدع انفه واذنه او نحو ذلك عتق نص عليه)

لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا ابا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ «ما حملك على مافعلت؟» قال فعل كذا وكذا قال «اذهب فأنت حر» قال القاضي والقياس ان لا يعتق لان سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية واذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك القياس

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أعتق العبد فماله لسيده)

روي هذا عن ابن مسعود وأبي ايوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي

الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته وبقاء ماكان على ماكان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق .

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا ان يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج اليه من حوائجه الاصلية من الكسوة والمسكن وسائر مالا بدله منه يدفعه الى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وان وجد بعض مايفي بالقيمة قوم عليه قدر مايملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لاتباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا ان لايباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك مايقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لانه حال الوجوب فان ايسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه وان اعسر الموسر لم يسقط ماوجب عليه لانه وجب عليه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص على هذا احمد

(فصل) إذا قال احد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء وقيل يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه امكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله

وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد وعنه رواية أخرى أنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة يتبعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الامام أحمد وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير ياعمير إني أريد ان اعتقك عتقا هنيئاً فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول ايما رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ولان العبد وماله كانا للسيد فازال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبدالله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لاحمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مع البيع سواء

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا اعتق جزءا من عبده معيناً أو مشاعا عتق كله)

أما إذا اعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فانه يصح عتقه باجماع أهل العلم فان اعتق بعضه

عليه كما لو وكله في اعتاق نصيبه مع نصيبه فاعتقها معا وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فقال أصحابنا اذا اعتق نصيبه سرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق احدهما الآخر لوجودهما في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الاصل فكان نفوذ عتق الشريك اولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها اتلافا لملك المعصوم بغير رضاه والزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما يثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق المالك كان أولى وان قال إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل ان يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتق في زمن ماضي ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق ان لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي الى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والاوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا اعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وابو حنيفة يعتق منه ما اعتق ويسعى في باقيه وخالف أباحنيفة أصحابه فلم يروا عليه . عايه وروي عن مالك في رجل اعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع

ولنا قول النبي ﷺ «من اعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد » واذا اعتق عليه نصيب شريكه كان تنبيها على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له وقال النبي ﷺ « من اعتق شقصا له من مملوك فهو حر من ماله » ولانه ازالة ملك عن بعض مملوكه الآدمي فزال عنه جميعه كالطلاق ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يعتق جزءا كبيراً كنصفه أو ثلثه أو صغيراً كعشره أوعشر عشره ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا

(فصل) فان اعتق جزءاً معينا كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضا وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان اعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لان حياته لا تبقى بدون ذلك وان اعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لانه يمكن ازالة ذلك مع بقائه فلم يعتق كاعتاقه شعره

﴿مسئلة﴾ قال (وان أعتقه الاول وهو معسر وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الاول وثلثاه للمعتق الثاني)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فاذا اعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمباشرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولائه وللاول ثلثه وهذا قول اسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على الوجه الذي بيناه من قولها فيما مضى وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد ان المعسر اذا اعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال . قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فاذا استسعى في نصف قيمته ثم ايسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لانه هو الجاه الى هذا وكلفه اياه وعن أبي يوسف ومحمد انهما قالا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لا يتبعض فاذا وجد في البعض

ولنا أنه اعتق عضواً من اعضائه فعتق جميعه كرأسه فاما إذا اعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه من اجزائه أشبه أصبعه

ولنا ان هذه الاشياء تزول ويخرج غيرها فاشبهت الشعر والريق وسنذكر ذلك في الطلاق والعتق مثله

﴿مسئلة﴾ (وان اعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه)

وجملته ان الشريك إذا اعتق نصيبه من العبد عتق عليه لا نعلم فيه خلافاً لما ذكرنا من الاثر وإذا عتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصار جميعه حرا وعلى المعتق قيمة انصباء شركائه ولاؤه له هذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى التلب عن أبيه ان رجلا اعتق شقصا له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ رواه الامام أحمد ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق الا ان تكون جارية نفيسة يغلى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

سرى الى جميعه كالطلاق ويلزم المعتق القيمة لانه المتلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو اتلفه بقتله ، وقال أبو حنيفة لايسري العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا أداها اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء اضرارا بالشريك والعبد . أما الشريك فانا نحيله على سعاية لعله لايحصل منها شيء أصلا وإن حصل فربما يكون يسيرا متفرقا ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد فانا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » قال سليمان بن حرب أليس انما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ؟ فاذا أمره بالسعي واعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من هذا ؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكراه وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية : قال ابو داود: وهمام أيضا لايقوله قال المروذي: وضعف أبو عبدالله حديث سعيد وقال ابن المنذر لايصح حديث الاستسعاء

ولنا الحديث الذي روينا. وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر فاثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه ان رجلا من قومه اعتق شقصا له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال «ليس لله شريك »قال أبو عبدالله الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لايسري فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لوباع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله . إذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له لانه عتق باعتاقه من ماله ولاخلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين ان يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجها أنه إذا اعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلما

ولنا عموم الخبر ولان ذلك يثبت لازالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدران ههنا تمليكا لكان تقديرا في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لاضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مغمور

وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول ان لم يكن له مال استسعى ، قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم ، فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله والله المستعان

(فصل) اذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في ادائها وتكون احكامه احكام الاحرار ، فان مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول ابي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل مايكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق بإداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه

ولنا أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

بالنسبة الى مايحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق

﴿ مسئلة ﴾ (فان اعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق)

لانه قد صار حراً بعتق الاول له لان عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المعتق الاول فلا ينعتق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمرو ابن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقول النبي ﷺ « قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ولان العتق اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث ان العتق مراعى ، فان دفع القيمة تبينا ان العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق لان فيه احتياطا لهما جميعاً

ولنا حديث ابن عمر فانه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى ابو أيوب عن نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق، فان مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثاني بالولاء اذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إنما كان كذلك لان المعسر لايعتق إلا نصيبه، والاول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث فاذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لانه مالك لثلثه وثلثاه ميراث لانه ملكها بجزئه الحر فان كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايئه فاما ان قاسمه او هايأه فلا حق له في تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثا لورثته دون مالك ثلثه إذ لاحق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

(فصل) ومن قال بالسعاية فانه يستسعى حين أعتقه الاول فاذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت باعتاق الاول اولا؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثاني لانه عتق

فقد عتق كله» وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل يعتق كله» وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله» وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطا بكونه موسراً ولانه عتيق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عقيبه كما لو أعتق جزءاً من عبده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق وعند الشافعي لاينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على ان العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لاتقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه (ثم الله شهيد على مايفعلون) فاما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة. إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حراً باعتاقه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو ان المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه الا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق الا قيمتها حين

باعتاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لانه اعتق جزءاً مملوكا له من عبد وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ماذكرنا في القول الآخر

(فصل) وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فان نفقته في حياته وفطرته واكسابه بينه وبين سيده على قدر مافيه من الحرية والرق وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لانها من اكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر انها لاتدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لان المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول ومالايغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئا لانه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هـذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر مافيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه باجماع أهل العلم ، وإن اعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، وروي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والاوزاعي والثوري والشافعي ، قال ابن عبدالبر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله

أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضاً ولو أتلف العبد قبل اداء القيمة تلف حراً والقيمة على المعتق لانه فوت رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق ومالم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبـد

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها فان اختلفا في قدره رجع إلى قول المقومين فان كان العبـد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه منكر للزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي فان اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المعتق كذلك الا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فيكون القول قول الشريك لعلمنا بصدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وان اختلفا في عيب ينقص قيمته كسرقة او اباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وان كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل ان يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

إذا أعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ماأعتق ويسعى في باقيه وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروي عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان معه مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له ، وقال النبي ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله » ولانه ازالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فانه لايحتاج إلى السعاية ولا ينبني على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيرا كنصفه وثلثه أو صغيرا كعشر وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً، وان أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه او جسده أو نفسه او فرجه عتق كله لان حياته لاتبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونه لم يعتق لانه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق باعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا انه أعتق عضواً من اعضائه فيعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته وما يحتاج اليه من حوائجه الاصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه مايدفعه إلى شريكه ذكره ابو بكر في التنبيه وان وجد بعض مابقي بالقيمة قوم عليه قدر مايمكنه منه ذكره احمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لايباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا ان لايباع له أصل مال ، وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لانه حال الوجوب فان أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه ، وإن أعسر الموسر لم يسقط ماوجب عليه لانه وجب عليه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص عليه احمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان معسراً لم يعتق الا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فاذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول اسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على ما بيناه فيما مضى ، وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر ، وروي عن احمد ان المعتق إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي

يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه جزء من أجزائه أشبه أصبعه

ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله والله أعلم .

« مسئلة » قال (واذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه فان كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فان كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حرا أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لاتقبل شهادته وان كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لايجر إلى نفسه بشهادته نفعا ولا يدفع بها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معهما

وابي يوسف ومحمد لماروى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه ابو داود قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة فاذا استسعي في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لانه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن ابي يوسف ومحمد انهما قالا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لايتبعض فاذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم المعتق القيمة لانه المتلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلفه وقال ابو حنيفة لايسري فيه العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا أداه اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولان في الاستسعاء اضرارا بالشريك والعبد أما الشريك فانا نحيله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلا وإن حصل فالظاهر انه يكون متفرقا ويفوت عليه ملكه وأما العبد فانه يجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » وقال سليمان بن حرب اليس الزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر فاذا أمروه بالسعي واعطاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من ذلك ؟

عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول ان العتق يحصل بشاهد ويمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء لان العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لانه لا يدعي اعتاقه بل يعترف بان المعتق غيره وانما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً فهو كخلاص الاسير من أيدي الكفار

وقال ابو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتاق فأشبه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لأنه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان اعتقه؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لاننا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لواحد

فاما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال ابو عبدالله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ،حديث ابي هريرة يرويه ابن ابي عروبة واما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال ابو داود وهمام أيضاً لا يقوله قال المروذي وضعف ابو عبدالله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : ان لم يكن له مال استسعي قال ابن عبدالبر حديث ابي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة والقول قولهم فيه عند جميع اهل العلم إذا خالفهم غيرهم فاما قول ابي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبدالبر لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

(فصل) واذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى في أدائها وتكون أحكامه احكام الاحرار فان مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون

منهما فان أعتق كل واحد منهما مااشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بانه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان أحداً لاينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل ان يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لاننا نعلم ان الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا صح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه او أحدهما عتق وبهذا قال الاوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول ابي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لانه لايدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما او كان معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد وعتق، او شهد مع كل واحد منهما

حكمه قبل ادائها حكم من بعضه رقيق ان مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل مايكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق باداء مال فلم يعتق قبل ادائه كالكاتب ، وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق اذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه .

ولنا انه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان العبد ثلاثة لاحدهم نصفه ولآخر ثلثه وثالث سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه)

إذا كان العبد مشتركا بين جماعة فاعتق اثنان منهم وهم موسرون معاً سرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل ان يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية جعلت باعتاق ملكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة .

ولنا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما

عدل آخر وعتق العبد او ادعى عبد ان سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان أحداً لايدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لامستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له ، وأما الموسران اذا أعتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه في انه أعتق نصيبه وحده او انه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فلن اتفقا على ان كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او انه السابق بالعتق تحالفا و كان الولاء بينهما نصفين

(مسئلة) قال (وان كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعياً على شريكه نصف قيمته فان لم تكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه)

وجملة ذلك أن الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق الى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما

جرحاً والآخر جرحين فمات بهما أو القى أحدهما جزءا من النجاسة في ماء والقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في ادخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف اعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا. إذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما ثلاثا لاننا إذا حكمنا بان الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضممناه إلى النصف الذي لاحدهما صار ثلثين وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا لصاحب السدس ربعه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضمان كذلك ويشترط عتقهما معا بان يوكلا من يعتقه عنهما أو يوكل احدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا به معا لانه لو سبق احدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا ويشترط اليسار أيضا فيهما فان كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لان المعسر لايسري عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة فان كان أحدهما موسراً ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل ان يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان احدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فاذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه موسر وفيه اختلاف ذكرناه من قبل

بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فإن نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاهما لتماثلهما ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً بإعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لايسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر بشهادته الى نفسه نفعاً لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبريء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لايدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً وان عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء، وان كان للعبد بينة أجنبية تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه، وان كانت رجلا واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لايثبت العتق والمعسر أن

﴿مسئلة﴾ (وإذا اعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحد الوجهين)

ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات والوجه الثاني لايسري ذكره أبو الخطاب لان فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز ان يتملك المسلم والاول أصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد من الشريكين ان شريكه اعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما وصار مدعيا على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فان نكل احدهما قضي عليه وان نكلا جميعا تساقط حقاهما لتماثلهما ولا ولاء عليه لواحد منهما لانه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فان اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لانه لا مستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف به زال الانكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها

يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

(فصل) وان ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف انه المعتق له. وانما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء له عليه لانكاره له قول القاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعا بطلت شهادته كلها، وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء، وان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد إن كان المشهود عليه موسراً سعى له وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفة ان كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

(فصل) اذا قال أحد الشريكين ان كان هذا الطائر غرابا فنصيبي حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فنصيبي حر وطار ولم يعلما حاله فان كانا موسرين عتق العبد كله وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وان كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لانه لم يتعين الحنث فيه فان اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لاننا علمنا حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لان نصفه حر يقيناً فلم يملك جميعه.

﴿مسئلة﴾ (وان كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما)

لانه ليس في دعوى احدهما على صاحبه أنه اعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المعتق لكن عتق المعسر لايسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما لان غير العدل لاتقبل شهادته، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لان كل واحد منهما لايجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معهما عتق كله وان حلف مع احدهما عتق نصفه على الرواية التي تقول ان العتق يثبت بشاهد ويمين وان لم يحلف لم يعتق منه شيء لان العتق لايحصل بشاهد من غير يمين وان كان أحدهما عدلا دون الآخر فله ان يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرا والآخر رقيقا

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له)

لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لانه لا يدعي اعتاقه بل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما وهما متساويان في القيمة فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجز الابنان عتقه كاملا وكان الآخر عبدا وان وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ولأخيه نصفه وسدس العبد الذي اعترف ان أباه أعتقه فصار ثلث كل واحد من العبدين حرا)

هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على اجازة الورثة ، فأما اذا اعترفا أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من

يعترف ان المعتق غيره وانما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كخلاص الاسير من ايدي الكفار وقال أبو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتاق فاشبه شراء بعض ولده فان أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لانه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان اعتقه؟ فيه احتمالان (احدهما) لا يثبت لما ذكرناه (والثاني) يثبت لانا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً ولا ولاء عليه لواحد منهما فان اعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما اعتقه؟ على وجهين وان أقر كل واحد منهما بانه كان اعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان احداً لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وان لم يكذب واحد منهما نفسه لانا نعلم ان الولاء ثابت عليه لهما ولا يخرج عنهما وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي اعتقه اولا وان كانا كاذبين فقد اعتق كل واحد منهما نصفه بعد ان اشتراه وان كان احدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له ولا صح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه اعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

كل واحد منهما ثلثه لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(والحال الثالث) أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ، ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما — وهي مسئلة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين؛ فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وان وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً

(الحال الرابع) أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ان لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقا

(فصل) فان رجع الابن الذي جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة ؟ على وجهين

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وان شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو احدهما عتق وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لانه لا يدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين حلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد ان سيده اعتقه فانكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان احدا لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لا مستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له وأما الموسران اذا عتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وان اتفقا على ان كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وان ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق فانكر الآخر تحالفا والولاء بينهما نصفين

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان احدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده)

لاعترافه بان نصيبه قد صار حراً باعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر الى نفسه نفعا لكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا ان لم تكن للعبد بينة

(مسألة) قال (واذا كان لرجل نصف عبد ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته ان العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر املاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية حصلت باعتاق ملكيهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة

ولنا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا

سواه حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر أيضا لذلك فإن عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وان اقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضا وعليه غرامة نصيب المعسر ويثبت له الولاء وان كان للعبد بينة تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه وان كانت عدلا واحدا وحلف العبد معه ثبت العتق في احدى الروايتين والاخرى لا يثبت العتق وللمعسر ان يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

(فصل) وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف أنه المعتق له وإنما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء عليه لانكاره له قال القاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته اليه نفعا ومن شهد بشهادة يجر بها إليه نفعاً بطلت كلها وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد ان كان المشهود عليه موسرا سعى له . وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفة ان كان معسرا استسعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسرا فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه اعتق استحق الولاء والا كان الولاء لبيت المال

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لاننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً . وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله فأعتقاه معاً فلأنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتلفظا به معاً أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقها معاً أو يوكلا وكيلا فيعتقها أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعاً وكان الضمان عليه والولاء له كله . وقوله وهما موسران شرط آخر فإن سراية العتق يشترط لها اليسار فإن كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لان المعسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة ، فان كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فإذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه موسر

﴿ مسألة ﴾ (وإذا قال أحد الشريكين اذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر فاعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه)

هذا اختيار الاصحاب أنه يعتق على الاول ويقوم عليه نصيب الشريك ان كان موسرا ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك قال شيخنا ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب السراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير ملك على خلاف الاصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها اتلافا لملك المعصوم بغير رضاه والزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما ثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق المالك كان أولى .

﴿مسألة﴾ (وان كان معسرا لم يعتق عليه الا نصيبه) لما ذكرنا من ان عتق المعسر لا يسري إلى نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

﴿مسألة﴾ وان قال إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسرا كان أو معسرا

ولم يلزم المعتق شيء لان العتق وجد منهما معاً فهو كما لو وكلا رجلا في اعتاقه عنهما فاعتقهما وقيل يعتق كله على المعتق لان اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه أمكن

(مسئلة) (قال واذا كانت الامة بين شريكين فأصابها احدهما واحبلها ادب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت ام ولد له وولده حر وان كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيهما)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الاعلى ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وا كثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً لان له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد واوجبه ابو ثور لانه وطء محرم لاجل كونه في ملك غيره فأشبه مالو لم يكن له فيها ملك

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ويفارق مالا ملك له فيها فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف في انه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لايخلو من حالين اما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء كانت مطاوعة او مكرهة لما ذكرنا ولان وطء جارية غيره يوجب المهر وان طاوعت لان المهر

العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا .

(فصل) فان قال إن اعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل اعتاقك وقعا معا إذا اعتق نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسنذكر ذلك في الطلاق ان شاء الله تعالى

فصل إذا كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة لايملك غيرهما فاعتق احدهما في صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان اعتق النصف الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وان اعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه واذا اعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وان اعتق الاول في صحته واعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه الا أن يجيز الورثة .

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق شركا له في عبد فسرى الى نصيب الشريك

لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو اذنت في قطع عضو من اعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها (الحال الثاني) ان يحبلها وتضع مايتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك ام ولد للواطىء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق وسواء كان الواطىء موسراً او معسراً لان الايلاد اقوى من الإعتاق ويلزمه نصف قيمتها لانه اخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو اخرجه بالاعتاق او الاتلاف فان كان موسراً اداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو اتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه مالو وطىء زوجته وقال القاضي الصحيح عندي انه لايقوم عليه نصيب شريكه اذا كان معسراً بل يصير نصفها ام ولد ونصفها قناً باقيا في ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول ابي الخطاب ايضا ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت احتمل ان يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقا لان نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطىء فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقا كولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن

ووجه قول الخرقي أن بعضها أم ولد فكان جميعها أم ولد كما لو كان الواطىء موسراً ويفارق الاعتاق فان الاستيلاد أقوى ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون والاعتاق بخلافه

وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه ، وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه

ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وان صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها وان كان تاريخها متأخرا عن الشهادة الاخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقه لاننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئا لانهما مافوتا شيئا وان كانتا مطلقتين أو احداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولاشيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق وان خرجت قرعة الاول عتق

(فصل) قال ابو الخطاب وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرقي لانه لم يذكرهما لان الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولان الولد خلق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر (والوجه الثاني) يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لان الوطء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطيء لانها وضعته في ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيهما ولا في ولدها، وان وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه تلزمه قيمته

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له في الامة ملك كثير أو يسير، وقد ذكر الخرقي فيما إذا وطيء جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها، وان كان إنما له فيها سهم يسير من كثر من ألف سهم:

ونظرنا في الورثة فاذا كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير حق وان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الامطار لانه عتق بصفة فصح كالتدبير واذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة كالتدبير وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر قال احمد إذا قال لامه أنت حر الى أن يقدم فلان ويجيء فلان والى رأس السنة والى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال

وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك أنه قال إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يبيعها وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد أنه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها والاول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه ولانه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا اديت إلي ألفا فانت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع اباحة الوطء كالاستيلاد وأما المكاتبة فانما لم يبح وطؤها لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا، ومتى جاء الوقت وهو في ملكه

(مسألة) قال (وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وان كان معسرا لم يعتق عليه الا مقدار ما ملك ، وان ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه الا مقدار ما ملك موسرا كان او معسرا)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وروى ضمرة عن سفيان عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر »

وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل (أحدهما) هذا الحديث وروى عن ابراهيم عن الاسود عن عمر انه قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر »وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم فأما ان ملك سهما ممن يعتق عليه مثل أن يملك سهما من ولده فانه يعتق عليه ماملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه او بغير اختياره كالميراث لان كل مايعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده اياه فههنا أولى، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالملك بغير

عتق بغير خلاف نعلمه فان خرج عن ملكه ببيع اوميراث لم يعتق .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن ابي ليلى إذا قال لعبده ان فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحاً ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع قال ابن أبي ليلى إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلمه حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم »ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم .

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع.

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لوقال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

(مسئلة) (وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله ان أديت إلي الفاً فأنت حر أو ان دخلت الدار فأنت حر فهي صفة لازمة الزمها نفسه ولا يملك ابطالها بالقول قياساً على النذر)

ولذلك ان انفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأه السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليق لانه لاحق له في ذمته يبرئه منه

الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ، ولان مباشرته لما يسري وتسببه اليه في لزوم حكم السراية واحد بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فأما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر في ما ملكه ورق الباقي سواء كان موسراً أو معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد ما يدل على انه يسري الى نصيب شريكه اذا كان موسراً لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى الى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لانه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالاجنبي وفارق ما تسبب اليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه اذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله

(فصل) ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها فلو قال لعبده إذا أديت إلي الفاً فأنت حر لم يعتق حتى يؤدي الالف جميعها ، وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر ان أكلت رغيفاً فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه

(أحدها) ان أداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الاحكام وتنتفي بانتفائها كسائر شروط الاحكام (الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت مالم توجد الصفة كقوله لعبده ان خرجت عاريا فأنت حر فخرج لابساً لم يعتق فكذلك العدد (الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض كما لو حلف لا صليت صلاة او لا صمت صياما لم يحنث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوما ، ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وذكر الالف ههنا يدل على انه أراد الفاً كاملة (الرابع) ان الاصل الذي ذكره فيما إذا قال ان أكلت رغيفاً فأنت حر انه يعتق بأكل بعضه ممنوع وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة اولا يصوم فشرع في الصيام او لا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء

لأنه نقع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضررة يلحق بهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على انه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه؟ وفيه وجهان

(أحدهما) لايقوم ولا يسري العتق اليه لانه يدخل في ملكه بغير اختياره فأشبهما لو ورثه

(والثاني) يقوم عليه ، لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر وعلى الاول يلزمه قبوله لانه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لاتلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لايصح القبول لانه فعل مالم يأذن الشرع فيه فأشبه مالو باع ماله بغبن، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لانه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وإذا باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله اذا كان ذو الرحم معسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال القاضي لايضمن لشريكه شيئاً ، لان ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتاق نصيبه

ولنا أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب ان يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم انه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

(فصل) واذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة

الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على أداء الالف يقتضي وجود أدائها فلايثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين الفاً لايبر حتى يؤديها

(الخامس) ان موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على انه لايثبت المشروط بدون شرطه كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » لاتكون له بشروعه في الاحياء، ولو قال في المسابقة من سبق إلى خمس اصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى اربع ولو قال من ردضالتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ؟ وإنما الرواية التي جاءت عن احمد في الايمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه: يحنث لان اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط

(فصل) وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لانه لايوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده إلا انه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فاذا كمل أداء المال عتق ، وما فضل في يده لسيده لانه كسب عبده ، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد

واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معا لانه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة ، ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما أو أوصي لهما بها فقبلاها في حالة واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا اعتقت عليه الام وحملها ، حصته من الام بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقي من الام والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وإن قبل الزوج أولا عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

(فصل) واذا كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وإن أعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه فاذا أعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وإن اعتق الاول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا ان يجيز الورثة

(فصل) اذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه

الوجهين لانها أمة قن فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد فأشبه مالو باشر العتق

(فصل) إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) لا يعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع . فاذا علقه كان اولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده؟ على روايتين)

(إحداهما) لا تعود لأنها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها في ملكه

(والثانية) تعود لانه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبه مالو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولان الملك مقدر في الصفة فكأنه قال اذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك وقد روي عن احمد في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللهما دخول ومن نصر الرواية الاولى قال ان العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد

وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا الا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه

ولنا انهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ثم رجع الاولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها، وإن صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه لاننا تبينا ان الميت قد اعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لانهما مافوتا شيئاً وإن كانتا مطلقتين او احداهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق ، وإن خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا في الورثة فان كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير حق فان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه

وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح الثاني ينبني على النكاح الاول بدليل أن طلاقه في النكاح الاول يحتسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وتبطل الصفة بالموت) لان ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي او أنت حر بعد موتي بشهر فهل يصح ويعتق بذلك ؟ على روايتين)

إذا قال ان دخلت الدار بعد موتي فانت حر لم تنعقد هذه لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فانت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمنجز (والثانية) يعتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان للملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسئلتنا وسنذكر ذلك بابسط من هذا في التدبير ان شاء الله تعالى وعنه يصح لانه اعتاق

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا كان له ثلاثة أعبد فاعتقهم في مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوي قيمتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

. وجملة ذلك ان العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث لان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم، ولأنه تبرع بمال أشبه الهبة فان أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث . فان أعتق عبيداً في مرضه واحداً بعد واحد بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة. ومسئلة الخرقي فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم

وأما ان دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوي هو والتدبير لان الجميع عتق بعد الموت فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين في القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير

بعد الموت فصح كما لو قال أنت حر بعد موتي، وان قال أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن احمد في رواية مهنا انه لايعتق ولا تصح هذه الصفة، وقال أيضاً سألت احمد عن رجل قال انت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هذا كله لايكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار ابي بكر، وذكر القاضي وابن ابي موسى رواية أخرى انه يعتق إذا وجدت الصفة بعد الموت ومضت المدة المذكورة وهذا قول الثوري وابي يوسف واسحاق ووجهها ما تقدم وقال أصحاب الرأي لايعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل العتق ملكاً للوارث وكسبه له كأم الولد والمدبر في حياة السيد وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

(فصل) إذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ارطال فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبينا انه ماعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمهما لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه

وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة لمخالفته قياس الاصول . وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ — يعني ابليس — فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة احدهم المجنون حتى يفيق — يعني انه مجنون — فقال له حماد مادعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت فما دعاك الى هذا ؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فان تاب وإلا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لامال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة . وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن . ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهلب ثلاثتهم . ورواه الامام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري عن النبي ﷺ

واتلافه فضمنا كالشهادة المرجوع عنها ولان عتقه حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فاشبه الحكم بالشهادة التي رجعا عنها وهذا قول ابي حنيفة (والثاني) لاضمان عليهما وهو قول ابي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لايضمنا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وان قال لعبده أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي وان قال أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فان تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول ابي حنيفة لان كيف لاتقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق انما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان ويحتمل أن لايعتق حتى يشاء وهو قول ابي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي حتى وأي فحكمها حكمها وقد ذكر ابو الخطاب في الطلاق أنه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجيء ههنا مثله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد صار مدبرا)

قال أحمد ابو زيد الانصاري رجل من أصحاب النبي ﷺ، وروي نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ . ولانه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان

وقولهم ان الخبر يخالف قياس الاصول نمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا . وإن سلمنا مخالفته قياس الاصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه ، لانه قول المعصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته . وتطرق الخطأ إلى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والائمة بعدهم في روايتهم على انهم قد خالفوا قياس الاصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها . وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم ، وذلك لان الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها

لانه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وان لم يدخل حتى مات بطلت الصفة لانه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسنذكره في التدبير ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان ملكت فلاناً فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح ؟ على روايتين)

(احداهما) لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبد الله وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول اكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب ، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه الدار قطني ، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا طلاق قبل نكاح » وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لا طلاق قبل ملك» رواه أبو داود الطيالسي قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان اجماعاً وهذا ظاهر المذهب ولانه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تعليقه (والثانية) يعتق إذا ملكه لانه أضاف العتق الى حال يملك عتقه فيه فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه ، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال ان اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق

لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاه . وفي مسئلتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلا ويحيلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلا، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لانهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أوعبدا فيسرق أو يقطع للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والاضرار وتحقيق مايوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين » قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ماذكرناه ، وأما انكارهم للقرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فساهم فكان من المدحضين). وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين « استهما »وقال « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال « لو يعلم الناس مافي النداء والصف الاول لاستهموا عليه » وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا الى جنبه قتيلا فقلنا لحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا

قال ابو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان العتاق يقع الا ما روى محمد بن الحسن ابن هارون في العتق أنه لا يقع وما اراه الا غلطاً فان كان قد حفظ فهو قول آخر ولانه لو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك ان خص جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه وان قال كل عبد املكه لم يصح والاول أصح ان شاء الله تعالى لانه تعليق للعتق قبل الملك فأشبه ما لو قال لامة غيره: ان دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الاحاديث

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياساً على الحر (والثاني) لايعتق وهو الصحيح)

لان العبد لا يصح العتق منه حين التعليق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لايتمكن من التصرف فيه والسيد انتزاعه منه بخلاف الحر

(فصل) إذا قال الحر أول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما فان قلنا يصح عتق اول من يملكه لوجود الشرط فان ملك اثنين معاً عتق احدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان منهم او جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل ان يعتقا جميعا لان الاولية وجدت فيهما جميعا فثبتت الحرية

أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له، وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا أراد السفر باحداهن، واذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الاولياء اذا تساووا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا

(فصل) في كيفية القرعة، قال أحمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال أحمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا أو خواتيم قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعا صغاراً متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فأخرج بندقة فيفضها ويعلم مافيها وهذا قول الشافعي، وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل (أحدها) أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاث بنادق وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق رق وأخرجت أخرى على جزء آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت

فيها كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة، وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا أول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول

ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً، وإذا وجدت الصفة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً او يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ما نذكره، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال آخر مملوك أشتريه فهو حر فملك عبيداً لم يعتق واحد منهم حتى يموت)

لانه ما دام حياً فانه يحتمل ان يشتري عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان اولادها احراراً من حين ولدتهم لانهم أولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لانه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لانه ما لم يشتر بعدها غيرها فهي آخر في الحال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطء وإن اشترى اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في الفصل الذي قبله

قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل اجزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقون، وإن خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ماقدمناه في المسئلة الاولى، قيل لاحمد لم يستووا في القيمة؟ قال يقومون بالثمن.

(المسئلة الثالثة) يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كستة أعبد قيمة احدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد وقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة اولى، بيان ذلك اننا لو جعلنا

(فصل) إذا قال اول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشكل أولهما خروجا اخرج بالقرعة كالتي قبلها فان علم أولهما خروجا عتق وحده وهو قول مالك والثوري وابي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشعبي وقتادة إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران

ولنا أنه انما اعتق الاول والذي خرج سابقاً هو الاول من المولودين فاختص العتق به فهو كما لو ولدتهما في بطنين فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس محلا للعتق فانحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق وجد فيه لانه أول ولد بدليل أنه إذا قال لامته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضربه حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً

(فصل) فان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والاوزاعي والليث والثوري والشافعي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

الذي قيمته الف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا ان نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على على القليل القيمة عتق واعتق من الذي قيمته الف تمام الثلث

وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم اعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ماذكرناه من التبعيض والتكرار ولان قسمتهم بين المشتركين فيهم انما يعدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذي قيمته الف جزءاً والاثنين اللذين قيمتها الف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ماذكرنا

(المسئلة الرابعة) أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة احدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة اربعة الف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة اعبد قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فهاهنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة الى واحد ممن قيمتهما كثيرة ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم فاذا وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته اكثر من الثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتاً لم يعتق الاول)

لانه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف وابي حنيفة فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتاً ثم حياً يعتق الحي وان ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني لوجود شرطه وان ولدت توأمين فاشكل الآخر منهما فان أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين الا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها)

إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كعضو من أعضائها فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمنجز فان حملت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان الصفة لم تتعلق به في حال التعليق، وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فاذا ولم توجد فيها لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمسة اعبد قيمة احدهم الف واثنان الف واثنان ثلاثة آلاف احتمل أن يجزئهم ثلاثة اجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم الى الثاني كثير القيمة اقل الباقين قيمة ويجعلهما جزءاً والباقين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى مافعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ماتقدم واحتمل ان لايجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وان كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه (احدها) ان يكتب ثمانية رقاع باسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد اخرى حتى يستوفى الثلث (والثاني أن يجزئهم اربعة اجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية اعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه (والثالث) ان يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فان خرج سهم الحرية للاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وان خرجت لثلاثة قرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب وروي عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين ان كانا قيمته واحدة ثم يقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذي بقي والذي تصيبه القرعة ينظر مابقي من قيمته من الثلث فيعتق حصته فان كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال

(فصل) وان كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف أو على الف عتق ولا شيء عليه وعنه ان لم يقبل لم يعتق) إذا قال لعبده أنت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه لانه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه الالف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت ابا عبد الله قيل له إذا قال انت حر وعليك ألف درهم فقال جيد قيل له فان لم يرض العبد قال لا يعتق إنما قال له على ان يؤدي اليه الفاً فان لم يؤد فلا شيء فان قال انت حر على الف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فاشبه قوله وعليك ألف والثانية ان قبل العتق عتق ولزمته الالف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لانه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال انت حر بالف ولان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً) وقال (فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) ولو قال في النكاح زوجتك فلانة ابنتي على خمسمائة درهم وقال الآخر قبلت صح النكاح ووجب الصداق

من الثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة ارباعه عتق اربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كان قيمة العبد الفا وباقي التركة الف ضربت قيمة العبد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها، وان كان قيمتهم اربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم

(فصل) وان كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين وان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين و كتبت رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة وتخرج واحدة منهما على احد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ماتقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب اربع رقاع رقعة للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز وقيل لايجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل مالو كان للمعتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لايمنع من العتق قبل وفائه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال على ان تخدمني سنة فكذلك)

وقيل ان لم يقبل لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة وان مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة مابقي من الخدمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر مامضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالخلع في النكاح والصلح في دم العبد فاذا قال انت حر على ان تعطيني الفا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف فاما ان قال أنت حر بالف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الالف

(فصل) قال رضي الله عنه وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهات أولاده وشقص يملكه

لان اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبي موسى في الارشاد ان الشقص لايعتق الا ان ينويه لانه لايملكه كله والاول المذهب

(فصل) وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والاحياء فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لانهما جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا ثلثهما ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولانه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما .

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولان المقصود تكميل الاحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب ان يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده فأما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الامرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به فأشبه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ماوصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة وان كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معهم والحكم باعتاقه ان وقعت عليه القرعة أو من الثلثين ان وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعي .

(فصل) وان دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من احدهما ثلثهما ، لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله وان مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل لعتق من حين موت السيد .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحد عبدي حر اقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر من حين اعتقه)

إذا قال أحد عبدي حر ولم ينو واحداً بعينه عتق أحدهم بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده، فان قال اردت هذا بعينه قبل منه وعتق لان ذلك انما يعرف من جهته وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطالب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين المعتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب ان يميز بالقرعة كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو اعتق معينا ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فان مات المعتق ولم يعين

(مسئلة) قال (ولو قال لهم في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهي المسئلة التي تقدمت وشرحناها وأما إذا قال أحدكم حر فانه يقرع بينهم فيخرج احدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقون وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق احدهم بالقرعة وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعينت الحرية فيه، وقال ابو حنيفة والشافعي له تعيين احدهم فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فاذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين المعتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فأما ان مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لايختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لاندري أيهم أعتق، وقال ابو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق.

(فصل) ولو أعتق إحدى امائه ثم وطيء احداهن لم يتبين الرق فيها وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها

(فصل) واذا أعتق واحداً بعينه ونسيه فقياس قول احمد أن يعتق أحدهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم

وقال مالك إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

فالحكم عندنا لايختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندري ايهم اعتق وقال أبوحنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق وقوله من حين اعتقه يريد ان العبد ان كان ا كتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لانا تبينا أنه اكتسبه في حال الحرية

(فصل) ولو اعتق احدى امائه غير معينه ثم وطيء احداهن لم يتعين الرق فيها وبه قال ابوحنيفة

وقال أصحاب الرأي إن قال الشهود نشهد ان فلاناً اعتق أحد عبيده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسعي في باقيه او ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا نشهد ان فلاناً أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكرا ماذكره أصحاب الرأي في الشهادة

ولنا ان مستحق العتق غير معين فأشبه مالو أعتق جيعهم في مرض موته فان أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق ذكرت ان المعتق غيره ففيه وجهان

(أحدهما) يرد الاول إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع

(والثاني) يعتقان معاً وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار ، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن اقراراً عليه بحرية من ذكره واقراراً على غيره فقبل اقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما اذا لم يقرع فانه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون وإن قال أعتقت هذا لابل هذا عتقا جميعاً لانه أقر بعتق الاول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول فكذلك الحكم في اقرار الوارث

«مسئلة» قال (واذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه أعطي وكان كله حراً في احدى الروايتين والاخرى لا يعتق الا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)

وجملته انه اذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته او دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم الا قولا شاذاً او قول من يرى السعاية وذلك انه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما ان كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان

وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات أحد العبدين أقرع بينه وبين الحي فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة)

وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق الا ثلثه ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو اعتق الحي بعد موته لاعتقنا ثلثه

(احداهما) يسري إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لان ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فجرى مجرى مال الصحيح فيسري عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر (والرواية الثانية) لا يعتق الا حصته لانه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبهذا قال الاوزاعي لان الميت لا يضار

وقال القاضي ما أعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم

(مسئلة) قال (وكذلك الحكم اذا دبر بعضه وهو مالك لكله)

وجملته انه اذا دبر بعض عبده وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فاذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (احداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لان أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاعتاق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتاق لبعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته (والرواية الثانية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلا يسري كتعليقه بالصفة

(فصل) فأما ان أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه وعنه لا يعتق منه الا ما عتق

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحال لشريكه شيء وهذا قول

ولنا ان الميت احد المعتقين فوجب ان يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولان المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا ان خرجت القرعة على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق لانه حين الاتلاف وان وقعت على الحي نظرت في الميت فان كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة باقل الامرين من حين الموت الى حين قبض

الشافعي فاذا مات عتق الجزء الذي دبره اذا خرج من ثلث ماله وفي سرايته الى نصيب الشريك ماذكرنا في المسئلة وقبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وإن صار للآخر صار رقيقاً كله

وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له

وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار ان شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً . ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم في دينه)

وجملته ان المريض اذا أعتق عبيده في المرض او دبرهم او وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ولان الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن ابي ليلى

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين انه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد في قيمته

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ، ولانه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين انه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فان قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق ففيه وجهان

الوارث لان الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فاشبه الشارد والآبق وانما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معه والحكم باعتاقه ان وقعت القرعة عليه أومن الثلثين ان وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده الى حين قبضه

(أحدهما) لا ينفذ حتى يتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة نفذ العتق في الجميع . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وقالوا ان أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أوغيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ؟ فيه وجهان

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان (أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث

(الثاني) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا إما من العبيد وإما من غيرهم ،ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً لعجز ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

(فصل) فان دبر ثلاثة اعبد او وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه واقرع بين الحيين واعتق من أحدهما ثلثهما لان الميت لايمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه ، وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وانما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لان العتق حصل من حين موت السيد.

﴿مسئلة﴾ (وإن أعتق عبداً او نسيه أخرج بالقرعة)

هذا قياس قول احمد وهو قول الليث ، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يعتقون كلهم ، وقال مالك ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل وقال اصحاب الرأي ان قال الشهود نشهد ان فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكروا ماذكره اصحاب الرأي في الشهادة

وجملته انه إذا اعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم او وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا انهم قد عتقوا من حين أعتقهم او من حين موته إن كان دبرهم لان التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله ،وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم، وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع او هبة او رهن أو تزويج بغير اذن كان ذلك باطلا ،وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب وان ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين اوقفناها فيعتق أحدهما ويرق الآخر ان كانا متساويين في القيمة، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم، وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه

(فصل) وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصي إعتاقه فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان فان اصروا على الامتناع اعتقه السلطان او من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه او نائبه كالزكاة والديون فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبه مالو أعتق جميعهم في مرض موته

﴿ مسألة ﴾ (فان علم بعد ان المعتق غيره عتق وهل يبطل عتق الاول ؟ على وجهين)

(أحدهما) يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كالو لم يقرع (والثاني) يعتقان معاً قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن اقراره بحرية من ذكره واقرارا على غيره فقبل اقراره على نفسه دون غيره اما إذا لم يقرع فانه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال اعتقت هذا عتق ورق الباقون، وان قال أعتقت هذا لا بل هذا عتقا جميعاً لانه أقر بعتق الاول فلزمه ثم اقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول وكذلك الحكم في اقرار الوارث

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان أعتق في مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه)

اذا اعتق في مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث اذا لم يجز الورثة وكذلك التدبير والوصية بالعتق لانه تبرع بمال أشبه الهبة ولان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه الا ثلثهم وما زاد على الثلث ان أجازوه فان ردوه بطل لان الحق لهم فجاز باجازتهم وبطل بردهم

من جملة تركته إن بقي بعده لانه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب. وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة. وفارق المكاتب فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده. ويبطل ما ذكروه بأم الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له. والموصى به لا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما ان الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب وانما أوصى بايجاده وهو العتق فاذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه وههنا لا يملك العبد ان يعتق نفسه. وان مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه الورثة على قولنا ولا أعلم قول من خالفنا فيه

(فصل) فان علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر قال وقد نص احمد على مثل هذا في الطلاق. وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يتهم فيه فأشبه العتق في صحته

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق جزءاً من عبده اودبره وهوان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر)

لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فاذا لم يدبر الا ثلثه كان اولى، وان كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (إحداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم ابو حنيفة واصحابه لانهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتق البعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته

(والثانية) لايكمل العتق فيه لانه لايمنع جواز البيع فلم يسر كتعليقه بالصفة في الحياة فاما ان اعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث، وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لايعتق منه الا ما أعتق كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول الشافعي فاذا مات عتق الجزء المدبر اذا خرج من ثلثه وفي سرايته الى نصيب الشريك ماذكرنا في المسئلة قبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وان صار للآخر صار

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز . وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه فان الانسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل ههنا . ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً

(فصل) وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده روي هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وانس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن ابي هند وحميد وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك واهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد» رواه الامام احمد باسناده وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لغلامه عمير يا عمير اني اريد ان اعتقك عتقاً هنيئاً فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول « ايما رجل أعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده » ولان العبد وماله كانا جميعاً للسيد فأزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترطه

رقيقاً كله وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له ، وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار إن شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً ، ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

(مسئلة) وان اعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطي الشريك وكان جميعه حراً في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق الا ما ملك منه)

وجملته أنه اذا ملك شقصاً من عبد فاعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف نعلمه الا قولا شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك لانه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من اعتق في صحته شقصا وهو معسر فان كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه سرى الى نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث لان ملك المعتق لثلث المال تام له التصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر والثانية لا يعتق الا حصته لان ملكه يزول الى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبه قال الاوزاعي

المبتاع » فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبدالله بن ابي جعفر من اهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فإنه تفضل منه على معتقه قيل للامام احمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال اي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مثل البيع سواء

﴿مسألة﴾ قال (واذا قال لعبده أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت)

وجملة ذلك أن السيد اذا علق عتق عبده أو امته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة ، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر ، قال أحمد إذا قال لغلامه انت حر إلى ان يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة والى رأس الشهر انما يريد اذا جاء رأس السنة او جاء رأس الهلال منه واذا قال انت طالق اذا جاء الهلال إنما تطلق اذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك انه اذا قال لعبده انت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه إنها اذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد انه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها

وقال القاضي ما اعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر فالرواية في سراية العتق في حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق وتصرفاته .

﴿مسألة﴾ (وان اعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه ويحتمل ان يعتق ثلثهم)

وجملة ذلك ان المريض إذا اعتق عبيده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولان الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية ، وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً اعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن ابي ليلى وذكر ابو الخطاب رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثه

والاولى اصح لما روي عن ابي ذرانه قال لعبده انت عتيق الى رأس الحول فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ولانه علق العتق بصفة فوجب ان يتعلق بها كما لو قال اذا اديت الي الفاً فأنت حر واستحقاقها للعتق لايمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه وان خرج عن ملكه ببيع او ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن ابي ليلى اذا قال لعبده ان فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع قال ابن ابي ليلى اذا حلف بالطلاق لا كلمت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلمه حنث وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبي ﷺ قال «لاطلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لايملك ابن آدم» ولانه لاملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) واذا قال لعبده ان لم اضربك عشرة اسواط فأنت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ في قول أكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين ، وقال قتادة وأبو حنيفة واسحاق يسعى العبد في قيمته .

ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ولانه معتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه فيتبين انه اعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره فان قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولايصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وقيل ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أوغيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان :

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم فقرع الورثة فاعتقوا واحداً وارقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان :

(أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة

(فصل) واذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان

(احدهما) لايعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب ان يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع فاذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا فاما ان دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن احمد انه لايعتق

وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق وروي عنه في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللهما دخول ووجه الاول ان العتق معلق على شرط لايقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح الثاني ينبني على النكاح الاول بدليل ان طلاقه في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) واذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة أرطال

كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (والثاني) يصح الاقراع لانه لايمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا اما من العبيد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فإن كان الذي اعتق عبدين اقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على احدهما وكان بقدر السدس من التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان اكثر منه عتق منه بقدر السدس وان كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

﴿مسئلة﴾ (وان أعتقهم فاعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من ارق منهم)

وجملته أنه إذا أعتق عبيده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم الا ثلث ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيهم تبينا انهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم او وصى بعتقهم لان تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفا ذلك علينا لايمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن او تزويج بغير إذن كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وان ظهر له مال

فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبينا أنه ماعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يلزمهما ضمانها لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه واتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولان عتقه حصل بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فأشبه الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها وهذا قول ابي حنيفة

(والثاني) لاضمان عليهما وهو قول ابي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وانما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وإن قال لعبده أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي ، وان قال أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فإن تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخي ، وإن قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول ابي حنيفة لان كيف لاتقتضي شرطا ولا وقتاً ولا مكاناً فلا تقتضي توقيف العتق وانما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال شاء ويحتمل

بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وفوا فيعتق من تقع له القرعة ان وفى الثلثان بقيمته وقيمة الاول والا عتق منه تمام الثلثين وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وان كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اتساعهم وعلى هذا الحساب

(فصل) وان وصى بعتق عبد له يخرج من الثلث وجب على الوصي اعتاقه فان وصى بذلك ورثته لزمهم اعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون فاذا اعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته ان بقي بعده لانه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب العتق فكان له ككسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ويبطل ما ذكروه بام الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب وفي الوصية

أن لايعتق حتى يشاء وهو قول ابي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لايعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي متى واي فحكمها حكمها

وقد ذكر ابو الخطاب في الطلاق انه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجيء ههنا مثله

(فصل) وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام

(احدها) تعليقه على صفة محضة كقوله ان أديت الي الفا فانت حر فهذه صفة لازمة لاسبيل الى إبطالها لانه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك ابطالها كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ولو أبرأه السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لانه لاحق له في ذمته يبرئه منه وانما هو تعليق على شرط محض وان مات السيد انفسخت الصفة لان ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره وان زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة فان عاد الى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج الى تجديد اعتاق من جهة السيد لانه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لانه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده إلا ان مايأخذه السيد منه يحسبه من الالف التي اداها فاذا كمل اداؤها عتق وما فضل في يده لسيده وان كان المعلق عتقه امة فولدت لم يتبعها ولدها في احد الوجهين

بالعتق ماوجد السبب وانما اوصى بايجاده وهو العتق فاذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقا عليه ولهذا يملك الموصى له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فان مات العبد قبل موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفينا فيه

(فصل) فان علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر وقد نص احمد على مثل هذا في الطلاق وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لانه يتهم فيه أشبه العتق في صحته

ولنا أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق المنجز لايتهم فيه فان الانسان لايتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه وانما منع منه لمافيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وانا مريض فانت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحدا

﴿مسئلة﴾ وان لم يظهر له مال جزأنا هم ثلاثة اجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي

لانها امة قن فأشبه ما لو قال ان دخلت الدار فانت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد بصفة فاشبه مالو باشر عتقها ولا يعتق حتى يؤدي الالف بكمالها وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال انت حر ان أكلت رغيفاً فأكل بعضه وهذا لا يصح لوجوه احدها ان اداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الاحكام وتنتفي بانتفائها بدليل سائر شروط الاحكام

(الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومتى علق الحكم على شرط ذي وصف لا يثبت مالم توجد الصفة كما لو قال لعبده ان خرجت عاريا فانت حر فخرج لابسا لا يعتق فكذلك العدد

(الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها وذكر الالف ههنا يدل على ارادته اداء الألف كاملة

(الرابع) اننا لا نسلم هذا الاصل الذي ادعاه وانه اذا قال له انت حر ان أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه وانما اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل ارادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة اولا يصوم فشرع في الصوم

واسحاق وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما لو كان لا يملك إلا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة (أحدهم) المجنون حتى يفيق يعني - أنك مجنون - فقال له حماد ما دعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت ما دعاك إلى هذا وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب من هذا، فان تاب وإلا ضربت عنقه.

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وارق أربعة وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صحيح رواه مسلم وابو داود وسائر أصحاب السنن، ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وابو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الامام أحمد عن اسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن ابي زيد الانصاري

اولا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ الا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على اداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون ادائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبر حتى يؤديها

(الخامس) أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة واحكام الشريعة على انه لا يثبت المشروط بدون شرطه فان النبي ﷺ قال «من قال لا اله الا الله دخل الجنة» فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق الا العقوبة وقال «من احيا ارضاً ميتة فهي له» فلو شرع في الاحياء لم تكن له ولو قال في المسابقة من سبق الى خمس اصابات فهو سابق فسبق الى اربع لم يكن سابقاً ولو قال من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل وانما الذي جاء عن أحمد في الايمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث لان اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم

(القسم الثاني) صفة جمعت معاوضة وصفة والمغلب فيها حكم المعاوضة وهي الكتابة الصحيحة

رجل من اصحاب النبي ﷺ وروي نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ولانه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار اذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهما ويقرع بينهم بثلاثة اسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان وقولهم ان الخبر يخالف قياس الأصول نمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه إذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لاضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا وان سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لانه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ الى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الاصول باحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لان الاجماع منعقد على ان صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى

فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيده وتخالفها في أنه لو أبرأه السيد من المال برئ منه وعتق لان ذمته مشغولة به فبرئ منه بابرائه كثمن المبيع ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لانه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الاداء فهو له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعتقها

(القسم الثالث) صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد او مع اخلال شرط من شروط الكتابة فتساوي الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يعتق بالاداء لانه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه لان الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضي حدوثه ابطالها وان أدى حال جنونه عتق لان الصفة وجدت

وقال أبو بكر لا يعتق بذلك ويفارقها في ان للسيد فسخها ورفعها لانها فاسدة والفاسد يشرع رفعه وازالته ويفارق الكتابة الصحيحة في انها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لانه عقد جائز من جهته فبطل بهذه الامور كالوكالة والمضاربة وقد قال احمد اذا وسوس فهو بمنزلة الموت وهذا قول القاضي وقال أبو بكر لا تبطل بشيء من ذلك لانه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتفارق الصفة المحضة في ان كسب العبد قبل الاداء له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له دون سيده

يحصل للورثة مثلاه وفي مسئلتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحيلونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلا وربما لا يحصل منها في الشهر الا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لانهم يجبرونهم على الكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجبر جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبدا فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار الى ما ذكرناه

وأما انكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم ايهم يكفل مريم) وقال سبحانه (فساهم فكان من المدحضين) وأما السنة فقال احمد في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين «استهما» وقال «مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول لاستهموا عليه» وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فوجدنا الى جنبه قتيلا فقلنا لحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا احد الثوبين اوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم

ويتبع المكاتبة ولدها حملا لها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيهما وفي الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتبة ولدها لان العتق حصل بالصفة لا بالكتابة وأما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالاداء وقال أبو بكر لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام احمد في رواية الميموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة وينبغي ان يقال ان علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر وان قال كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم

(فصل) واذا قال لعبده انت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه لانه اعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الالف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له اذا قال أنت حر وعليك الف درهم قال جيد قيل له فان لم يرض العبد قال لا يعتق انما قاله له على ان يؤدي اليه الف درهم فان لم يؤد فلا شيء وان قال انت حر على الف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك الف (والثانية) ان قبل العبد عتق ولزمته الالف وان لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لانه اعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال انت حر بألف وهذه الرواية أصح لان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً)

كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له وتشاح الناس يوم القادسية في الاذان فاقرع بينهم سعد واجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا اراد السفر باحداهن واذا اراد البداية في القسمة بينهن وبين الاولياء اذا تشاحوا فيمن يتولى التزويج او من يتولى استيفاء القصاص واشباه هذا .

(فصل) في كيفية القرعة قال احمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم اقرع بين اثنين في ثوب فاخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال احمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا او خواتيم، وقال اصحابنا المتأخرون الاولى ان يقطع رقاعا صغاراً مستوية ثم تجعل في بنادق شمع او غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر ويغطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقة فنفضها ونعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل .

(احدها) ان يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة او تسعة اوستة (او قيمتهم متساوية) ولا مال له غيرهم فيجزؤن ثلاثة اجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية وفي اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزآن الآخران وان خرجت رق رق وأخرجت

وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي فلانة على صداق خمسمائة درهم فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق وقال الفقهاء إذا تزوجها على الف لها والف لابيها كان ذلك جائزاً فأما اذا قال اعتقتك على ان تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كالتي قبلها وقيل ان لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة فان مات السيد قبل كال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا وقال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالخلع في النكاح والصلح في دم العمد وان قال انت حر على ان تعطيني الفاً فالصحيح انه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف وان قال انت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه الف

(فصل) وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كعضو من اعضائها فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه مالو كان في الصفة فأشبه مالو كان في البطن وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمنجز وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة

اخرى على جزء آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وان خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وان شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم اخرجت رقعة على الحرية فاذا اخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقون وان اخرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج اخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان اخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين الف فتجعل الاثنين الاوسطين جزءاً وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته الف جزءاً والآخرين جزءاً فتكون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ماقدمناه في المسئلة الأولى قيل لاحمد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن.

(المسئلة الثالثة) أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كستة أعبد قيمة أحدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه احمد فقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك انا لو جعلنا مع الذي قيمته

ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان الصفة لم تتعلق به لا في حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة وان بطلت الصفة ببيع أو موت لم يعتق الولد لانه انما يتبعها في العتق لا في الصفة فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه تبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أسلمت ام ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها واجبر على نفقتها فان اسلم حلت له واذا مات عتقت)

هذه المسئلة يؤخر شرحها الى باب عتق امهات الاولاد فانه اليق بها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر اذا اشكل أولهما خروجا)

انما كان كذلك لان احدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب اخراجه بالقرعة كما لو قال لعبيده أحدكم حر وقد سبق القول في هذه المسئلة فأما ان علم اولهما خروجا فهو الحر وحده وهذا قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران

ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على القليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ماذكرناه من التبعيض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فعلى هذا نجعل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ماذكرنا .

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فههنا نجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءاً وتضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كثيرة ونجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم فان وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ويرق باقيه والباقون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة اعبد قيمة أحدهم الف واثنان

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج اولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتهما في بطنين

(فصل) فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف انه يعتق الحي منهما وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق انما وجد فيه لانه اول ولد بدليل انه لو قال لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضربه حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة إنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو ان يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر

(فصل) وان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي والاوزاعي والليث والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

(فصل) فان قال اول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان فان قلنا يصح عتق اول من يملكه فان ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل

الف واثنان ثلاثة آلاف فيحتمل ان تجزئهم ثلاثة اجزاء فتجعل اكثرهم قيمة جزءا وتضم الى الثاني أقل الباقين قيمة وتجعلهما جزءاً والباقين جزءا وتقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل ان لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانوا ثمانية فان شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر وان شاء جزأهم أربعة اجزاء فاقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم اعاد القرعة لاخراج من ثلثاه حر وان فعل غير ذلك جاز بان يجعل ثلاثة جزءا وثلاثة جزءا واثنين جزءا فان خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وان خرجت الثلاثة اقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فان كان جميع ماله عبدين اقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

(فصل) قد ذكرنا أنه اذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلا قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وان كان اقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثاهم وان كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب

ان يعتقا جميعاً لان الاولية وجدت فيهما جميعا فتثبت الحرية فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا اول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول

ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا اول كالواحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئاً واذا كانت الصفة موجودة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً أو يعتق احدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً فالحكم فيهما كذلك

(فصل) وان قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبيداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو يحتمل ان يملك عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له وان كانت أمة كان اولادها احرارا من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له ان يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب ان يحرم الوطء وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين في المسئلة التي قبلها

قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كانت قيمة العبيد الفاً وباقي التركة الفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها وان كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثنى عشر وتنسب اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم

(فصل) فان كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منهما على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتين للتركة جاز وقيل لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما إنما يمنع من قبل قضاء الدين اذا لم يكن له وفاء فاما إن كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفائه

(مسئلة) قال (واذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتقني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري ان يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه الا أن يكون قال له بعني بهذا المال فيكون الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته ان العبد اذا دفع إلى أجنبي مالا وقال اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته ثم أعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لايحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل

(مسئلة) (وان اعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلثمائة فاجاز الورثة عتقهما عتقا وان لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكمل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتهما الى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما الى ذلك تكن خمسة اسداسه فيعتق منه كذلك وان وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة الى ذلك نجدها خمسة اتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع)

لاننا إذا ضربنا قيمة العبدين وهي خمسمائة في ثلاثة كانت الفا وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسمائة بالنسبة اليها ثلث وبالنسبة الى الذي قيمته مائتان خمسة اسداسه بعد الضرب والى الآخر خمسة اتساعه وكل شيء أتي من هذا فسبيله ان يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان فيستسعيان في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

(مسئلة) (وان اعتق واحدا من ثلاثة اعبد غير معين فمات احدهم في حياة السيد اقرع بينه وبين الحيين فان وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخران)

لان القرعة يبين بها من وقع عليه العتق فوجب أن يقرع بينهم كالو كانوا احياء فاذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الآخرين لان الحرية إنما تقع على العتق وهذان لم يعتق واحد منهما وان وقعت على أحد الحيين عتق ان خرج من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما اذا قال أحد عبدي حر وذكرنا الخلاف فيه وان اعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لان الحرية انما تنفذ في الثلث فاشبه مالو اعتق واحداً منهم قال شيخنا والاولى ان يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لانه اعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت انما كان له

والعتق غير واقع لانه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لانه أعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيده

وعلى الرواية التي تقول ان النقود لاتتعين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي واسحاق فانهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق

وقال الحسن البيع والعتق باطلان ، وقال الشعبي لايجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا مايقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لاينفرد به أحدهما الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن

العبد ان الحيان وهما كل ماله فيقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة عتق ان خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وان بقي من الثلث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر مابقي من الثلث وصار بمنزلة ما لو اعتق العبدين في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

(فصل) إذا دفع العبد الى رجل مالا فقال اشترني من سيدي بهذا المال فاعتقني ففعل لم يخل من ان يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته ثم اعتقه صح الشراء ونفذ العتق لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لايحتسب له به من الثمن فبقي الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قال الشافعي وابن المنذر فاما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لانه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لانه اعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيده فاما على الرواية التي تقول ان النقود لا تتعين بالتعيين فانه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي وإسحاق فانهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن البيع والعتق باطلان وقال الشعبي لايجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى او شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لاحدهما خمسين ديناراً على ان يعتق نصيبه منه فاعتقه عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما عن الآخر الا ان نصيب المعتق ينفذ فيه

كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمى خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق الى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى الى نصيب شريكه ويكون الولاء له، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه والولاء للموكل وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فانصرف إلى ما أمر به، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا فانصرف اليهما وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل ان أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبي أعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

العتق وان كان العوض مستحقا اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمى خمسين ثم دفعها اليه وان أوقع العتق على عينها يجب ان يرجع على العبد بقيمة ما اعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء له وان اعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه ان كان موسراً والولاء للموكل فان اعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل ان ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج الى نية ونصيب شريكه يفتقر الى النية ولم ينو ويحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فانصرف الى ما أمر به، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه، ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل اذا أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه مأذون له في العتق، وقد اعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وان أتلفه بالسراية، واذا اعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبي اعتق عبدك فأعتقه

كتاب التدبير

ومعنى التدبير تعليق عتق عبده بموته والوفة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة إذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً لانه اعتاق في دبر الحياة والاصل فيه السنة والاجماع

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكاله عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه

وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصايا ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر أن الحرية تجب له أولها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتي فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال انت حر أو محرر أو عتيق او معتق بعد موتي صار مدبراً بلا خلاف نعلمه ، واما ان قال انت مدبر أوقد دبرتك فانه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار الى نية وهذا منصوص الشافعي

(باب التدبير)

وهو تعليق العتق بالموت وسمي تدبيراً لان الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً والاصل فيه السنة والاجماع

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه ، وقال «انت احوج منه» متفق عليه

وقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من اهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصاياه ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر انه تجب له الحرية اولها

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر من الثلث)

انما يعتق المدبر اذا خرج من الثلث في قول أكثر اهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي

وقال بعض اصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويفتقر الى النية لانهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا الى النية كالكنايات

ولنا انهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر الى النية كالبيع ويفارق الكنايات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع

(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتق من رأس المال لانه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق في الصحة وعتق ام الولد

ولنا انه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة

وقد نقل حنبل عن احمد انه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل قال ابو بكر هذا قول قديم رجع عنه احمد إلى مانقله الجماعة

وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتق من رأس المال قياساً على ام الولد وكما لو أعتق في الصحة

ولنا انه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاد أقوى من التدبير لانه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير ، ونقل حنبل عن احمد انه يعتق من رأس المال ولا عمل عليها قال ابو بكر هذا قول قديم رجع عنه الى مارواه الجماعة

(فصل) فان اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق فان اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر والوصية تقف على الاعتاق بعده

﴿ مسألة ﴾ (ويصح من كل من تصح وصيته)

لانه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الخرقي يصح تدبيره اذا جاوز العشر وكان يعرف التدبير وكذلك الجارية اذا جاوزت التسع وقال الشافعي في أحد قوليه يصح تدبير الصبي المميز قال بعض أصحابه هو اصح قوليه وهو إحدى الروايتين عن مالك وروي ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعاً عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تقف على الاعتاق بعده

(فصل) ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله أنت حر بعد موتي والمقيد ضربان (أحدهما) خاص نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او في بلدي هذا او عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا لم يعتق

وقال مهنا سألت احمد عمن قال لعبده أنت حر مدبر اليوم ؟ قال يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات المولى

(الضرب الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار أو ان قدم زيد او ان شفى الله مريضي فانت حر مدبر او فانت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط واذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق وكما لو قال لوكيله بع عبدي

ولنا ان عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الانصار لاخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين الفاً رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروي اثنتي عشرة ولم يعرف له مخالف والتدبير في معنى الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ويخالف التدبير العتق في الحياة لان فيه تفويتا لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما فانه ان عاش لم يذهب شيء من ماله وان مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وإنما خص الخرقي ابن عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ولانه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام غير ذلك فأما المجنون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره ويصح تدبير المحجور عليه للسفه لما ذكرنا في الصبي بل هو اولى بالصحة من الصبي لانه مكلف وحاجته الى الثواب اكثر من حاجة الصبي وصحة تدبير السكران مبنية على صحة وصيته وقد ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف في صحة رجوعه قياساً على ه

(فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان اوحربياً في دار الاسلام وغيرها لان له ملكاً صحيحا فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح وتملك عليه زوجته بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره

فمات الوكل قبل بيعه بطلت وكالته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبر اوبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير ، وان قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فذكر ابو الخطاب فيها روايتين (احداهما) لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتي بيوم اوشهر فانه قال لا يعتق لانه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز

(والثانية) يعتق وهو الذي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسئلتنا وقولهم حصل له التصرف في ثلثه قلنا انما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته ويمنع انتقاله الى الوارث وان ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل يكون مراعى فاذا قبل الموصى له تبينا ان الملك كان له من حين الموت وان لم يقبل تبينا انه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل ان يمنع الوارث من التصرف في رقبته لانه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل

﴿ مسئلة ﴾ وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله انت حر أو عتيق او معتق او محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه)

وكذلك ان قال انت مدبر أوقد دبرتك فانه يصير مدبراً بمجرد اللفظ وان لم ينوه هذا منصوص الشافعي وقال اصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح يفتقر إلى النية لانهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا الى النية كالكنايات

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر الى النية كالبيع بخلاف الكنايات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعيين وترجيح احد المحتملين بخلاف الموضوع فانه لا يفتقر الى النية كلفظ العتق

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح مطلقا ومقيداً)

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان أحدهما خاص مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا أوفي بلدي هذا أوفي عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ماقال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا فلا وقال مهنا سألت أحمد عن قال لعبده انت مدبر قال يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات في ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات السيد

(الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فانت مدبر أو ان قدم زيد أوان شفى الله مريضي فانت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط

ان لايمنعه لانه علق عتقه على صفة غير الموت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذي علق عتقه

(فصل) فان قال انت حر بعد موتي بشهر او قال بيوم فقال احمد في رواية مهنا لايعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضاً سألت أحمد عن رجل قال لعبده أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هذا كله لايكون شيئا بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضيان ابن ابي موسى وابو يعلى فيها رواية أخرى انه يعتق اذا وجدت الصفتان الموت ومضي المدة المذكورة، وبهذا قال الثوري وابو يوسف واسحاق. ووجه الروايتين ماتقدم وقال اصحاب الرأي لايعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكا للوارث وكسبه له كأم الولد والمدبر في حياة السيد ، وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي .

فاذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وان لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل مالو علق عليه عتقا منجزاً فقال اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولان المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لايمكن حدوث التدبير فيه

(فصل) فان قال لعبد إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وان قرأ بعضه لم يصر مدبرا ، وان قال اذا قرأت قرآنا فانت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وههنا نكره فاقتضي بعضه فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم — واذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لايؤمنون بالآخرة حجابا مستوراً) ولم يرد القرآن جميعه قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه أراد ترغيبه في قراءة القرآن فتتعلق الحرية به او مجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لايجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية او آيتين فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال متى شئت فانت مدبر أو انت حر بعد موتي اواذا شئت أو أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموته)

لان المشيئة هنا على التراخي فمتى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في

(فصل) اذا قال لعبده إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبرا وإن قرأ بعضه لم يصر مدبرا وإن قال إذا قرأت قرآناً فأنت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبرا لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقتضية للاستغراق فعاد الى جميعه وههنا نكره فاقتضى بعضه، فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستورا) ولم يرد جميعه، قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغيبه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازي بهذا الامر الكثير ولا يرغب به الا فيما يشق اما قراءته آية أو آيتين فلا

(فصل) فان قال لعبده ان شئت فانت حر بعد موتي أو اذا شئت او متى شئت او اي وقت شئت فانت حر بعد موتي فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبرا يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فانت حر فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح وان قول القاضي

في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر او أي وقت شئت بعد موتي فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح، وقال القاضي يصح فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(احدهما) يكون للموصى له لانا تبينا ملكه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان شئت فانت مدبر فقياس المذهب انه على التراخي كقوله متى شئت)

وقال ابو الخطاب ان شاء في المجلس صار مدبراً والا فلا وكذلك قال القاضي في قوله إذا شئت وإن شئت فانت حر بعد موتي على انه على الفور ان شاء في المجلس صار مدبراً والا بطلت الصفة ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فانه يقف على المجلس وهذا في معناه، وإن قال إن شئت بعد موتي أو اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضا فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه اذا قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاءا معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور او التراخي أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ماذكره في الاخرى

صحته ، فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(أحدهما) أنه يكون للموصى له لاننا تبينا انه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحدا لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحدا ، وذكر القاضي في قوله اذا شئت او ان شئت فانت حر بعد موتي انه على الفور فان شاء في المجلس صار مدبراً وان تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فان الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه وان قال ان شئت بعد موتي او اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية وقد ذكر في الطلاق انه اذا قال أنت طالق ان شئت وشاء ابوك فشاءا معاً وقع الطلاق سواء شاءا على الفور أو التراخي أو شاء احدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ما ذكر في الاخرى

(فصل) اذا قال لعبده اذا مت فأنت حر او لا ؟ أو قال فانت حر ؟ او لست بحر ؟ لم يصر مدبرا لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته انت طالق او لا ؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق

(فصل) واذا دبر احد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسرا كان او معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه

(فصل) وإذا قال لعبده إذا مت فأنت حر اولا ؟ أو قال فأنت حر ؟ او لست بحر ؟ لم يصر مدبراً لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته انت طالق أولا؟ وسنذكر ذلك في الطلاق

﴿مسئلة﴾ (واذا قال قد رجعت في تدبيري أو ابطلته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية)

اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا فالصحيح انه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر (والثانية) يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت.

وهو قول ابي حنيفة لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا ان مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقي في غير هذا الموضع وان اعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر

وذكر القاضي وابو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لان المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر ابطاله

ولنا قوله عليه السلام « من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم والا فقد عتق منه ماعتق » ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة

(فصل) وان دبر كل واحد منهما نصيبه فمات احدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري العتق اليه؟ على روايتين، وان قال كل واحد منهما إذا متنا فانت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر

(فصل) إذا قال السيد لمدبره إذا أديت الى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين إن قلنا ان له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً، وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مطلقا فجعله مقيداً ان قلنا يصح الرجوع والا فلا فان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في احكامه وان دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه باشارته المعلومة او كتابته وان لم تفهم إشارته فلاعبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهنا مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرده

هذا ان احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فينصرف الى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته واخذ رمحه وكذلك إن قال أعتقوا عبيدهم كان معناه اعتق كل واحد عبده وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتهما جميعاً وانما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولاننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً ، وان قال كل واحد منهما اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان

وان قال كل واحد منهما إذا مت قبل شريكي فنصيبي له فإذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما

الى سيده في إحدى الروايتين والاخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على آخذه أخذه وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقا لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبيه عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقا يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يقر على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه إذا أسلم . وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه .

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلان لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه والملك آكد من الولاء فلان يثبت مع الولاء وحده أولى فعلى هذا لو كان المدبر ذميا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو اعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه ، وعلى قول القاضي وقول الشافعي لا يملكوه فان كان سيده ذميا جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان :

(احدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلما أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله بيعه في الدين)

ظاهر كلام الخرقي انه لايباع في الدين وقد أومأ إليه احمد وقال مالك لايباع الافي دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد وروي عن أحمد انه قال انا ارى بيع المدبر في الدين، واذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت أن أبيعه لان النبي ﷺ قد باع المدبر لما علم ان صاحبه لايملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالا ان باعه من غير حاجة أجزناه ونقل جماعة عن احمد جواز بيع المدبر مطلقا في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال له أن يبيعه محتاجا كان إلى ذلك او غير محتاج وهذا هو الصحيح

وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي ﷺ قال « لايباع المدبر ولا يشترى» ولانه استحق العتق بموت سيده اشبه ام الولد

فادركه صاحبه قبل قسمه قال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده واما إذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال احدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي ان المذهب أنه يكون موقوفاً فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله والا تبينا ان ماله لم يزل وان قتل او مات على ردته لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال بردته وقال أبو بكر قياس قول أبي عبدالله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد الى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق ردته؟ فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته، وسيذكر في باب المرتد، فاما ان دبر في حال ردته فتدبيره مراعى ،ان عاد الى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحا وان قتل أومات تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبر، وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لان المال يزول بالردة وإذا أسلم رد اليه تملكا مستأنفا

﴿ مسئلة ﴾ (وله بيع المدبر وهبته وان عاد اليه عاد التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لاتباع الامة خاصة)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقا في الدين

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني ؟» فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام اول في امارة بن الزبير وقال ابو اسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر اذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولانه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال احمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر وان قال غدا فله بيعه اليوم وان قال اذا مت قال لا يبيعه فالموت اكثر من الاجل ليس هذا قياساً ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله ان يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت من مرضي هذا فعبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء وان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حيا فأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ ويحتمل انه اراد بعد الموت او على الاستحباب اما أم الولد فان عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن ابطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الخرقي أن النبي ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة

وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعد سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه فقال له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيخنا وهذا هو الصحيح . وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر روى ان النبي ﷺ قال « لايباع المدبر ولا يشترى » ولانه استحق العتق بموت سيده أشبه ام الولد

﴿ولنا ماروى جابر ان رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال «أنت احوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أمارة بن الزبير قال أبواسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر ستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولانه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر فان قال غدا فله بيعه اليوم وان قال إذا مت قال لايبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تباع المدبرة في الدين الا في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى الامة كالعبد)

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها فكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير)

وجملة ذلك ان السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية اخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ومذهب الشافعي مثل هذا الا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ما قال الخرقي لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه

من مرضي هذا فعبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء، فان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حياً فاما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله ﷺ ويحتمل انه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لان عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لانها تمليك في الحياة فاشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقي وقال مالك لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا وكان عليه خمسمائة لم يبع وروي عن أحمد انه قال انا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيعه لان النبي ﷺ باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وابي خيثمة وقال ان باعه من غير حاجة أجزناه وهذا مثل الرواية الاولى . ووجه قول الخرقي والرواية التي قال أحمد إنه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيرا لا يملك غيره حديث جابر المذكور فان النبي ﷺ انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة ان الامة لا تباع خاصة قال شيخنا لا نعلم هذا

(مسئلة) قال (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيري او قد ابطلته لم يبطل لانه علق العتق بصفة في احدى الروايتين والاخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا فالصحيح أنه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر والثانية يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهذا قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بانه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره وتتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت

(فصل) اذا قال السيد لمدبره اذا أديت إلى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره انه بطل التدبير ههنا وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئاً وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً

التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحلها فكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

(مسئلة) (وان عاد اليه عاد التدبير)

لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم اشتراه وذكر القاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي إلا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ان الصفة تعود بعوده الى ملكه لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه

(مسئلة) (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير)

وجملة ذلك ان الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في

ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه مالو باشره بالعتق ناجزاً

(فصل) وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في احدى الروايتين

(والاخرى) ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على آخذه أخذه وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان

التدبير بغير خلاف نعلمه لانه كعضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت أصلا (الحال الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشرط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كالمذهبين (احدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فاشبهت من علق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعاً ولان الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية لان التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا ان بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت

رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبيه عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لايجوز اقراره على كفره . وقال القاضي لايجوز استرقاقه اذا أسلم وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه

ولنا ان هذا لايمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلأن لايمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه والملك آكد من الولاء فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لايملكونه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان

(أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله اذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة

وقال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف

أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعاً أقرع بينهما فايهما خرجت القرعة له عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً أو أمة معاً فاما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعها لانه لايتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فان لايتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل ان تدبر قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها في التدبير كالموجود بعده لان حنبلا قال سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قال ولدها معها قال شيخنا وهذا بعيد والظاهر ان أحمد انما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها لا يتبعها في شيء من الاسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولا يتبعها في الاستيلاد الذي هو آكد من التدبير فان لا يتبعها في التدبير أولى

(فصل) فاما ولد المدبر فحكمه حكم امه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان تسرى المدبر باذن سيده فولد له فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اباحة التسري تبنى على ثبوت الملك وولد الحر من امته يتبعه في الحرية دون امه كذلك ولد المدبر

المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده وأما اذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال ولاء أحدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفا فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله لانا تبينا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال بردته

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد إلى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق ردته فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته ؟ وقد ذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال ردته فتدبيره مراعى فان عاد إلى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على ردته تبينا انه وقع باطلا ولم يعتق المدبر

وقال ابن ابي موسى تدبيره باطل وهذا قول ابي بكر لان الملك عنده يزول بالردة واذا أسلم رد اليه تملكا مستأنفاً

امته يتبعه دونها ولانه ولد من يستحق الحرية من امته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته

(فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فان رجع في تدبيرهما جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وان دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لان التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولدله توءمان فاقر باحدهما لحقاه جميعاً وان نفى أحدهما لم ينتف الآخر وان رجع في احدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون امه أو الام دون ولدها جاز لانه يجوز ان يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز ان يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر امته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيري لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كلما ولدت ولدا فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك

(فصل) إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع ايمانهم لان الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيده له أخذه منه لان التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لايخلو من حالين (أحدها)أن يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعلمه لانه بمنزلة عضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت فيه أصلا (الحال الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي

وذكر القاضي أن حنبلا نقل عن احمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشرط المولى قال فظاهر هذا انه لايتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كالمذهبين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به اذا مت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

هو وورثة سيده فما بيده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريتي وقالوا بل قبلها فالقول قوله لانه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقاً لهم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فان أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لان الاصل معهم وان اقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينته تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان له في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وله إصابة مدبرته وان أولدها بطل تدبيرها) .

يباح وطء أمته المدبرة ، وقد روي عن ابن عمر انه دبر امتين وكان يطؤهما وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري ومالك والليث والاوزاعي والشافعي قال أحمد لاأعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي انه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لايطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير .

ولنا أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أوما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقياساً على أم الولد.

ولنا ماروي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا، ولان الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منها لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما وكذلك لاتبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا إن بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت او رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعاً أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معاً وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافا في انه لايتبعها لانه لايتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فلان لايتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها قال لايتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد مادبرت

وقال حنبل سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد؟ قال ولدها معها، وجعل ابو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها وهذا بعيد والظاهر ان احمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وانما أراد ولدها بعد التدبير على ماصرح به في غير هذه الرواية فان ولدها الموجود

(فصل) وابنة المدبرة مثلها في حل وطئها ان لم يكن وطيء أمها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة. ولنا ان ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها الحرية لاتزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها وأما ولد المكاتبة فألحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على انه وطيء أمها.

(فصل) فان اولدها بطل تدبيرها لان مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاد يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فانها تعتق من رأس المال وان لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب ان يبطل به التدبير كملك الرقبة اذا طرأ على ملك النكاح ابطله.

﴿ مسئلة ﴾ (وان كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز).

اما تدبير المكاتب فهو صحيح، لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الاعتاق وتصح كتابة المدبر، نص عليه احمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث ابي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت ان تكاتبه قال فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذلك وان حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له، ولان التدبير ان كان عتقا بصفة

لا يتبعها في عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاسباب الناقلة للملك في الرقبة

(فصل) فان علق عتق أمته بصفة نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه لانه كعضو من أعضائها وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها ، وفيه وجه آخر انه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ووجه اتباعه اياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة

ولنا انه يملكها ملكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فلم يعتق ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه وتفارق المدبرة فان التدبير آكد لما ذكرنا ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها

(فصل) فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد فروي عن أحمد انهم يتبعونه في التدبير

وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اباحة التسري تنبني على

لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع احدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة اذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه، ويفارق التدبير الوصية به لرجل، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كانا آكد لحصوله فانه متى فات عتقه باحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لان الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات سيده قبل الاداء عتق ان حمل الثلث مابقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق منه وكان على الكتابة فيما بقي .

(فصل) ومتى عتق بالتدبير كان مافي يده لسيده لانه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب الشافعي ان مافي يده له إذا لم يكن عجز ، قال شيخنا وعندي أنه ينبغي ان يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لا يملك ابطال كتابته لكونها عقداً لازما من جهته وإنما يملك اسقاط حقه عليه فأما مايستحقه المكاتب من أولاده واكسابه

ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ولانه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته

(فصل) واذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع اولى وان رجع في تدبيره وحده جاز لانه اذا جاز الرجوع في الام المباشرة بالتدبير ففي غيرها أولى وان رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل وان دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لان التدبير أعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فاقر باحدهما لزماه جميعاً وان نفى احدهما لم ينتف الآخر وان رجع فيهما جميعاً جاز وان رجع في احدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز لانه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز ان يدبر احدهما دون صاحبه أولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في احدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر أمته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيري لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو ابرأه من مال الكتابة ويحتمل ان يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط احكامه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا دبر شركا له في عبد لم يسر الى نصيب شريكه وإن اعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده ويحتمل أن يسري في الاول دون الثاني) .

وجملة ذلك انه اذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وذكر ابو الخطاب وجهاً انه يسري تدبيره اذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبي حنيفة ، لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبين .

ولنا انه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا ان مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فان اعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر ، وذكر القاضي وابو الخطاب فيه وجهين وللشافعي فيها قولان . (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول ابي حنيفة ، لان في المدبر قد انعقد سبب الولاء على العبد فلم يكن للآخر ابطاله

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيده وله أخذه منه لان التدبير لايخرج عن شبهه بالوصية بالعتق اوبالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريتي وقالوا بل قبل ذلك فالقول قوله لانه

ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناه في سراية العتق الى نصيب الشريك اذا كان موسراً ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى وما ذكروه لاأصل له ويبطل بما اذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل) اذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات احدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري ؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فأنت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه اذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قال اعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده ، وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتهما جميعاً وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما وسنبين هذا القول بما نذكر من بعد، ومقتضى قول القاضي أن لايعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً، فان قال كل واحد منهما اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتاً انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً، وإن قلنا لايصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان ، وان قال كل واحد منهما اذا مت قبل شريكي فنصيبي له فاذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر، فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله ان قلنا لايصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما .

﴿ مسئلة ﴾) واذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده وان أعوز فعليه تمامه الا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه)

وجملته انه اذا أسلم مدبر الكافر أمر بازالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالكاً لمسلم كغير

في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقا لهم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل وان أقر المدبر ان ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الاصل معهم فان أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينة المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان في يده في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين :

(مسئلة) قال (وله اصابة مدبرته)

يعني له وطؤها روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤهما وممن رأى ذلك ابن عباس، وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي قال أحمد لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الاوزاعي أنه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لايطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها

ولنا أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وكأم الولد

المدبر اذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل ان يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه لانه ملكه ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن المدبر لايجوز بيعه ولان في بيعه ابطال سبب العتق فكان ابقاؤه أصلح كأم الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان اسلموا بعد الموت ترك فان رجع سيده في تدبيره، وقلنا بصحة رجوعه بيع عليه وان كان المدبر مستأمناً فأراد الرجوع به الى دار الحرب ولم يكن اسلم لم نمنعه منه وان كان قد اسلم منع لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان يمنع من التمكن منه في دار الحرب .

(مسئلة) (ومن انكر التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين اوشاهد ويمين العبد؟ على روايتين)

اذا ادعى العبد على سيده انه دبره صحت دعواه لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل ان لاتصح الدعوى لان السيد اذا انكر التدبير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في احد الوجهين

(فصل) وابنة المدبرة كامها في حل وطئها ان لم يكن وطىء امها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة

ولنا ان ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكامها واستحقاقها الحرية لا يزيد على استحقاق امها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبة فالحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على أنه وطىء أمها فحرمت عليه لذلك.

(مسئلة) قال (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين عدلين أو شاهد ويمين العبد)

وجملته أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لان السيد اذا أنكر التدبير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار التدبير رجوعا عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح ان الرجوع عن التدبير لا يبطله ولو ابطله فما ثبت كون الانكار رجوعا ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جوابا للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها اقراراً فاذا ثبت هذا فان السيد ان أقر فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه

فيكون انكار التدبير رجوعا عنه والرجوع عنه يبطله في احدى الروايتين والصحيح ان الدعوى صحيحة لان الرجوع عن التدبير لا يبطله في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعا ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز ان يقر إذا ثبت هذا فان أقر السيد فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لان الاصل عدمه فان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فان لم يكن الا شاهد واحد وقال انا احلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكمل الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال اشبه النكاح والطلاق

(والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه وهو في حقه ازالة ملكه عن ماله فيثبت بهذا وان حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يتشوف اليه وينبني على التغليب والسراية فينبغي ان يسهل طريق إثباته وان كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد الا ان الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وايمانهم

لان الاصل عدمه وان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف وان لم يكن له الا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أو شاهد وامرأتان ففيه روايتان :

(احداهما) لا يحكم به وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكمال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه النكاح والطلاق (والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه. وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله فثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يتشوف اليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وايمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر الى باقيه وكذلك ان أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

(فصل) اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله الا انه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق من المدبر الا ثلثه لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز ان يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان اسوأ الاحوال ان لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصى به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين الامال غائب او دين وهذا مثله في اعتباره من الثلث اذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبينا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وانما اوقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبينا انه كان حاصلا قبل زوال الشك وان تلف المال تبينا انه كان ثلثاه رقيقا ولم يعتق منه سوى ثلثه وان تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) فان دبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال اذا حصل أقرعنا بينهما فعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الاخر موقوفاً فاذا استوفي من الدين شيء كل من

(مسألة) قال (وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)

وجملة ذلك أن السيد اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله إلا انه غائب او دين في ذمة انسان لم يعتق جميع العبد لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتنجز عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فاذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني فاذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لان الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لان الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء مالم يحصل لهم مثلاه فان تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه لان العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح لان ثلث العبد خارج من الثلث يقينا

عتق من وقعت له القرعه قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً او مقدار الثلث منهما فان تعذر استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثهما فان خرج الذي وقعت له القرعة مستحقا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الباقي وان كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتقه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان ومائتان دينا على احدهما عتق من المدبر ثلثاه لان حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لانه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه فان كانت المائتان ديناً على الاثنين بالسوية عتق المدبر كله لان كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه

(فصل) اذا دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم دينا له على احدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى سدس العبد وللابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفا لان الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك

وانما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يقيناً حراً لان التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضي له وعدم الفائدة في وقفه لامعنى له وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لايوجب أن لايحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ألا ترى انه لو ابرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فانه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء؟ ولو كان الدين مؤجلا فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي الى الميسرة ولان تأخير عتق الثلث لافائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغي أن لايثبت فاذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبينا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وانما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبينا انه كان حاصلا قبل زوال الشك، وإن تلف المال تبينا انه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه، وإن تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) وإن كان المدبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الآخر موقوفا فاذا استوفي من الدين شيء

مقسوم بين المدبر والوصي نصفين لحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه موقوفا فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصي اثلاثاً فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل للمدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفاً فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولهما خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسألة ﴾ (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لامرين)

(أحدهما) انه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية

(والثاني) ان التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونها آكد فانها صارت بالاستيلاد بحال لايمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجز بيعها ولاهبتها ولا رهنها

كل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منهما ، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما وإن خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) واذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي واذا كانت له مئة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان ديناً على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لان حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لانه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وان كانت المائتان ديناً على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لان كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته

(فصل) فان دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للموصى له سدس العبد وللابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لان الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصي نصفين لحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له السدس موقوفاً فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابنين والوصي اثلاثاً

ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حريتها الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهو آكد من القول ولهذا نفذ استيلاد المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لاينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وان كان سيدها مفلساً بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افترقا فيها. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمداً أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جناية موجبة للمال او للقصاص فعفا الولي الى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه فان سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أوجب فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال او للقصاص لان صفة العتق وجدت فيه فأشبه مالو باشره به فان الواجب قصاصا استوفي سواء كانت

فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصي سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولهما خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزا اذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله اذا كان لها تسع سنين فصاعدا)

وجملته ان تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا احدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي قال بعض أصحابه هو اصح قوليه

وروي ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن ابي بكر بن محمد ان غلاما من الانصار اوصى لاخوال له من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين الفاً فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فاجاز الوصية قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة

وروي ان قوما سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فاجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفاً ولان صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لانه ما دام باقياً لا يلزمه فاذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصية المحجور عليه لسفه ويخالف العتق لان فيه تفويت ما له عليه في حياته ووقت حاجته فاما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي ﷺ « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعا ولانه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك

جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته وان جني على المدبر فارش الجناية لسيده فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف؛

(فصل) ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لان من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف وان اراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه وان اذن له وليه في بيعه فباعه صح منه

(فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لانه لا يصح شيء من تصرفاته وان كان يجن يوما ويفيق يوما صح تدبيره في افاقته

(فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حربياً في دار الاسلام ودار الحرب لان له ملكا صحيحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل انه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فان اسلم مدبر الكافر امر بازالة ملكه عنه وأجبر عليه لئلا يبقى الكافر مالكا للمسلم كغير المدبر، ويحتمل ان يترك في يد عدل، ينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على ان بيع المدبر غير جائز ولان في بيعه ابطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكان ابقاؤه أصلح فتعين كام الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد ان يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك وان كان قد أسلم منع منه لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان يمنع من التمكن به في دار الحرب

(مسئلة) قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

انما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين (احدهما) أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو ابطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونه آكد فانها صارت بالاستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز

قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه

(احدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لانه يمكن ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله

(الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه في

بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لا نتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا آكد من القول ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لاينفذإلا في الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افترقا فيها إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الارث وابطال وصيا القاتل

(فصل) فاما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولي الى مال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه فان سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه عين فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو القصاص لان صفة العتق وجدت فيه فاشبه مالو باشره به. فان كان الواجب قصاصا استوفي سواء كانت جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته وان جني على المدبر فأرش الجناية لسيده فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف اذا جني عليه ؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه (أحدهما) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لانه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله (الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت

الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) ان المدبر انما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام

الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشتري بها عبد يكون وقفاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز نص عليه احمد وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت أن تكاتبه قال فكتبت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذاك وان حدث بك حدث عتق قال وأراه قال على ما كان عليه له ولان التدبير ان كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وان كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كان آكد لحصوله فانه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان اذا ثبت هذا فانه ان أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير وإن مات السيد قبل الاداء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فان أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي .

المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل انما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز ان تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه اذا قتل اخذت قيمته فاشتري بها عبد يكون وقفا مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع ان يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم

كتاب المكاتب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلا، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه و بينه كتابا بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه وقال الحريري .

وكاتبين وما خطت أناملهم خرفاً ولا قرأوا ماخط في الكتب

وقال ذو الرمة في ذلك المعنى .

وفراء عرفتة أثأى خوارزها مشلشل صنعته بينها الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم .

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الاوقات نجوما والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فما روى

﴿ باب الكتابة ﴾

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى في نجوم ، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم الى بعض ومنه سمي الخرز كتابا لانه يضم احد طرفيه الى الآخر بخرزه قال الحريري

وكاتبين وما خطت أناملهم حرفا ولا قرأوا ماخط في الكتب

وقال ذو الرمة :

وفراء عرفتة أثأى خوارزها مشلشل صنعته بينها الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها الى بعض والمكاتب يضم نجومه بعضها الى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب وانما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم

اذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الاوقات نجوما والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) وأما السنة فروى

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال إذا كان لاحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من اعان غارما أو غازيا أو مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لاظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها . وأجمعت الامة على مشروعية الكتابة

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته اذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد انها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده اليها فعليه إجابته وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبدا لانس بن مالك فسأله ان يكاتبه فأبى فاخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ولنا إنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ولا خلاف بينهم في ان من لاخير فيه لاتجب اجابته قال أحمد الخير صدق وصلاح

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » رواه أبو داود وابن ماجه

وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من أعان غارما أو غازيا او مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لا ظل الا ظله » في أحاديث كثيرة سواها واجمعت الامة على مشروعية الكتابة

﴿مسألة﴾ (وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والامانة وعنه انها واجبة اذا ابتغاها من سيده أجبر عليها)

اذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة اهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعى العبد المكتسب سيده اليها وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود وقال اسحاق إخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليها . ووجه ذلك قول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لانس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قول ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة قال ابن عباس غنى وإعطاء للمال وقال مجاهد غنى وأداء وقال النخعي صدق ووفاء وقال عمرو بن دينار مال وصلاح وقال الشافعي قوة على الكسب وامانة وهل تكره كتابة من لا كسب له اولا ؟ قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهيته وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فاتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بان بريرة كاتبت ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيرا من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت احدى امهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بايديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة اعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وانه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وانما الخلاف

ولنا انه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كالاستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والامانة قال الشافعي وقال ابن عباس غنى واعطاء المال ، وقال مجاهد غني وأداء ، وقال النخعي صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب اجابته

﴿مسئلة﴾ (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين)

قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهته وكان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي واسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فأما جويرة فانها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت إلى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ

في كراهته وقال مسروق اذا سأل العبد مولاه المكاتبة فان كان له مكسبة او كان له مال فليكاتبه وان لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه الا طاقته

(فصل) ولا تصح الكتابة الا ممن يصح تصرفه فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما واما الصبي المميز فان كاتب عبده باذن وليه صح ويحتمل ان لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولان هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال فاما ان لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال وان كان المميز سيده صح وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيهما جميعاً بحال لانه ليس بمكلف فاشبه المجنون

ولنا انه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة اولا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه اولا؟ وايجاب السيد لعبده المميز المكاتبة اذن له في قبولها إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلا او مجنونا فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولهما ولكن ان قال ان أديتما إلي فأنتما حران فاديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره ابو بكر وقال القاضي

وصارت احدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بايديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم تر امرأة أعظم بركة على قومها منها واما بريره فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته قال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكاتبة فان كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه الا طاقته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا من جائز التصرف فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما لان الكتابة نقل الملك بعوض فلا تصح منهما كالبيع

﴿مسئلة﴾ (فان كاتب المميز عبده باذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه باذن وليه ولانه عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ولا يصح بغير اذن وليه بحال

﴿مسئلة﴾ (وان كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيهما جميعها بحال لانه ليس بمكلف أشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وايجاب السيد لعبده

يعتقان ، وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان اديت إلي فأنت حر .

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبه البيع الباطل .

(فصل) وإذا كاتب الذمي عبده المسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل اسلامهما أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل .

(أحدها) أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده .

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق أيضاً لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ماسنذكره ان شاء الله تعالى .

(الثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد او قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامهما أو اسلام احدهما فيما ذكرناه لان التغليب لحكم الاسلام ، وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم اسلما لم يفسد العقد

المميز المكاتبة أذن له في قبولها . إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلا أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكاتبة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولهما لكن ان قال ان أديتما الي فأنتما حران فاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي يعتقان وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان أديت الي فانت حر

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وانما هو عقد باطل فاشبه البيع الباطل

(فصل) اذا كاتب الذمي عبده ثم أسلما صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصح منه فاذا ترافعا الى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقا للشرع امضاه وان كانت كتابته فاسدة مثل ان يكون العوض خمراً او خنزيراً او غير ذلك من انواع الفساد ففيه ثلاث مسائل

(أحدها) ان يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصلا لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام او بعده

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمراً ثم اسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح

ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلما قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وإن سلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز اجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل ولم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه ازالة ملكه عنه والكتابة لاتزيل الملك فان المكاتب عبد مابقي عليه درهم، وقال القاضي له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقاً وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ.

(فصل) وان كاتب الحربي عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه

ولنا قول الله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم فاذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما

(والثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامهما أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغايب بحكم الاسلام وقال أبو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمراً ثم أسلما لم يفسد العقد وبطل الخمر

ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلما قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا وان أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فان اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل لم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لان الكتابة لا تزيل الملك. وقال القاضي له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فان عجز عاد رقيقا واجبر على إزالة ملكه عنه

(فصل) وتصح كتابة الحربي عبده في دار الحرب وفي دار الاسلام، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك أنه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه

ولنا قوله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم. إذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده فدخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما فسادها

فسادها وان جاءا وقد قهر احدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر واباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أرادا السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وانما له في ذمته حق ومن له في ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الاقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة واقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنع وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال عنه بقهره على نفسه فأشبه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم، وإن جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة

وان جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقا بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وان دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحراب لم يمنعا وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال سلطانه وانما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لايملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان أردت الاقامه في دار الاسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا ادى نجوم الكتابة عتق وهو مخير ان أحب المقام في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وان أحب الرجوع لم يمنع وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وان كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال بقهره على نفسه فاشبه ما لوقهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلما أوغير مسلم وان جاء باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبى المسلمون سيده

إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وإن مات او قتل فالمكاتب للمسلمين مبقي على مابقي من كتابته يعتق باداثه اليهم وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ماذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لايثبت له ولاء وقال ابو بكر يكون الولاء للمسلمين، وقال القاضي يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وإن مات على رقه فهو للمسلمين وان كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل او مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لايورث فيبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لاوارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول ابي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال بردته وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا أنها كانت صحيحة وإن قتل أو مات على ردته بطلت وإن أدى في ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان أسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفا كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فاذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

وقتل انتقلت الكتابة الى ورثته كما لو مات حتف أنفه وان من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وان استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق السيد فالكتابة بحالها وان مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على مابقي من كتابته يعتق بالاداء اليهم وولاؤه لهم وان عجز فهو رقيق لهم فان أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته ادى الى الحاكم او إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء و سيده رقيق لايثبت له ولاء قال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وان مات رقيقاً فهو للمسلمين وان كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفا فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل اومات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لاوارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وان كاتب المرتد عبده فعلى قول ابي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال بردته وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا انها كانت صحيحة وان مات على ردته أو قتل بطلت وان أدى في ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان اسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه وان مات على ردته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه لانه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزمت الكتابة في قدر الثلث وسائره موقوف على اجازة الورثة فان أجازت جازت وإن ردتها بطلت وهذا قول الشافعي ، وقال ابو الخطاب في رءوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع

« مسئلة » قال (واذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فاديت الكتابة فقد صار العبد حرا وولاؤه لمكاتبه)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان ظاهر هذا الكلام ان الكتابة لاتصح حالة ولا تجوز الا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وابو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالا كالبيع

ولنا انه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم انه عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ

أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم وارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء وان دفع الى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فان أدى عتق وان أسلم فهو على كتابته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث لانه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمت في قدر الثلث وباقيه موقوف على اجازة الورثة يصح باجازته ويبطل برده وهذا قول الشافعي وقال أبو الخطاب في رءوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع والاول أولى

(مسئلة) ولايصح الا بالقول وينعقد بقوله كاتبتك على كذا) لانه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرده كلفظ النكاح فيه

(مسئلة) ولايفتقر الى قوله وان أديت إلي فانت حر بل متى أدى عتق)

وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان (احداهما) ترجع الى المكاتب وهي التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم

(والاخرى) للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاعداً وهذا مذهب الشافعي

ونقل عن احمد انه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلي وهذا يحتمل أن يكون معناه اني أذهب الى انه لا يجوز الا نجمان ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد

قال ابن ابي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى أجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكروه من استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فانه يحتمل التدبير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا .

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدا)

لا تصح الا على عوض معلوم لانها عقد معاوضه أشبهت البيع ولا تجوز الا منجمة مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز ان يكون حالا كالبيع

ولنا أنه قد روي عن جماعة من الصحابه انهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبي حنيفه ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً

ووجه الاول ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ماتجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين يجوز بالاجماع

وروي عن عثمان رضي الله عنه انه غضب على عبد له فقال لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر

وفي حديث بريرة انها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت يأم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، ولان الكتابة مشتقة من الضم وهوضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم في كل نجم قدرمايؤديه ولا يشترط تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم فاذا قال كاتبتك على ألف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة او قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز وان قال تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لايصح لانه لم يتبين وقت الاداء من العام

ولنا ان بريرة قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل اذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله إلى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان

وما في يده لسيده وفي التنجيم إذا كان اكثر من نجم حكمتان احداهما ترجع الى المكاتب وهو التخفيف عليه لان الاداء مفرقاً أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم والاخرى للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الافي آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على سيده من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه إذا ثبت ذلك فأقله نجمان فصاعدا ، وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد أنه قال من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب الي وهذا يحتمل ان يكون معناه أني أذهب الى أنه لايجوز الا نجمان ويحتمل ان يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد ، قال ابن أبي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى اجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد ، ووجه الاول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين جائز بالاجماع ، وروي عن عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال لاعاقبنك ولا كاتبنك على نجمين ولو جاز اقل من هذه لعاقبه به في الظاهر ، وفي حديث بريرة انها أتت عائشة فقالت يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع

إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤديا لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها فان قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها لم يجز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير

(الفصل الثاني) انه اذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعتق بادائها سواء نوى بالكتابة الحرية او لم ينو وسواء قال اذا أديت الي فأنت حر أو لم يقل وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي لايعتق حتى يقول اذا أديت الي فأنت حر وينوي بالكتابة الحرية ويحتمل في مذهبنا مثل ذلك لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكروه من استعمال الكتابة في المخارجة ان ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فهنا أولى

(الفصل الثالث) انه لايعتق قبل اداء جميع الكتابة ، قال احمد في عبد بين رجلين كاتباه على

أواق في كل عام أوقية فأتيني ولان الكتابه مشتقة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط علم ما يؤدي اليه في كل نجم كالثمن في البيع ولئلا يفضي الى النزاع والاختلاف)

ولا يشترط تساوي النجوم فاذا قال كاتبتك على الف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائه أوقال تؤدي منها مائه عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل ذلك جائز فان قال تؤدي في كل عام مائه جاز ويكون أجل كل مائه عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لايبين وقت الاداء من العام

ولنا قول بريرة كاتبت اهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله الى شهر رمضان وان كان بحرف في كان الى آخرها لانه جعل جميعها وقتا لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤديا لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها وان قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد ومن اجاز الكتابة على نجم واحد أجازه وان قال تؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها

ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال لايعتق الا نصف المائة

وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد مابقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة

وروى سعيد باسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق، وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا ادى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق لانه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لانه عجز عن اداء حق هوله لاحق للسيد فلا معنى لتعجيزه في ما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر ماأدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً أوميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي وقال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه إذا ادى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن في المكاتب اذا عجز استسعى بعد العجز سنتين

لم يجز لان البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولا

(فصل) وتجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلا في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الاثمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف اليه فاشبه البيع وان كان فيه نقود بعضها اغلب في الاستعمال جاز للاطلاق ايضا وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بما يتميز به من غيره من النقود وان كان من غير الاثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما مالا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضي يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره ابو بكر وهو قول الشافعي يجوز في أحد الوجهين ، وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق لايلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضاً فيه كالعقل .

ولنا أن مالا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والاجارة لايجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لانه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الالحاق به ولان الحيوان المطلق لاتجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلا

ولنا ماروى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « ايما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر اواق فهو رقيق » وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولانه لو أعتق بعضه لسرى الى باقيه كالو باشره بالعتق فان العتق لا يتبعض في الملك فاما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فقر أحدهما بكتابته وأنكر الاخر فأدى إلى المقر أوما اشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقا بينها وبين القياس ولان قول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع مايؤدي ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وان جاز رد بعضه اليه كالو قال اذا اديت الي الفا فأنت حر ولله على رد ربعها اليك فانه لا يعتق قبل اداء جميعها وان وجب عليه رد بعضها

(فصل) وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلا في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الاثمان وكان في البلد نقد واحد جاز اطلاقه لانه ينصرف بالاطلاق اليه فجاز ذلك فيه كالبيع وان كان فيه نقود أحدها اغلب في الاستعمال جاز الاطلاق أيضاً وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بجنسه ومايتميز به من غيره من النقود وان كان من غير الاثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم

في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات وممن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ، وروي عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز أن تكون عوضاً في الكتابة كالأثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان الاجارة تقتضيه فان عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في المحرم ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال

فيه لايجوز ان يكون عوضا في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم فان كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لايجوز والآخر يجوز وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز ان يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل

ولنا ان مالايجوز ان يكون عوضا في البيع والاجارة لايجوز ان يكون عوضا في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لانه بدل عن متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد فاشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الالحاق به ولان الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وانما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطا وهو السندي ويكون وسطا من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لاتجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولاغير ذلك من المجهولات وان وصف ذلك باوصاف المسلم صح وممن اجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

القاضي لايصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لايصح لان الخدمة كلها لاتكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرها فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت له حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجز في أوله ، لانه يكون حالا ومن شرطه التأجيل .

(فصل) إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفرده في مدة واحدة مثل ان يكاتبه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على مامضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات مفرقة بخلاف المال وان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وإن قال كاتبتك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا على عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضا وعند الشافعي لايصح .

(فصل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان تكون عوضاً في الكتابة كالأثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان اطلاقه يقتضي ذلك وان عين الشهر لوقت لايتصل بالعقد مثل ان يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضا كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لايصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرها فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وانما جازت حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبلها ولم تجز في أوله لانه يكون حالا ومن شرطه التأجيل

ولنا انه كاتبه على نجمين فصح كالتي قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده الا ان يشترطه المكاتب فان كان له سرية أو ولد فهو لسيده ، وبه قال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر وبن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد .

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على احدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

﴿ مسألة ﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبرىء منه عتق لانه لم يبق لسيده عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة) .

هذا ظاهر كلام الخرقي ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال

(فصل) وان كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل ان يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال فان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينها اوبناء حائط وصفه صح أيضاً اذا كاتبه على نجمين وان قال كاتبتك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على ان تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح

ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتي قبلها

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فما له لسيده الا ان يشترطه المكاتب وان كانت له سريه أو ولد فهو لسيده وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد »

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه

« المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه ابو داود دل بمنطوقه على انه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على انه اذا أدى كتابته لا يبقى عبداً قال أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال يعتق الانصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ام سلمة وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كنا أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب مابقي عليه درهم وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق.

﴿ مسئلة ﴾ (وما فضل في يده فهو له).

لانه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك لمال الكتابة اشبه مالو أداه فعلى هذا متى امتنع من الاداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحالة على

والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده واقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كالو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه

(مسئلة) قال (وولاؤه لمكاتبه)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان ولاء المكاتب لسيده اذا ادى اليه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الكتابة انعام وإعتاق له لان كسبه كان لسيده بحكم ملكه اياه فرضي به عوضا عنه واعتق رقبته عوضا عن منفعته المستحقة له بحكم الاصل فكان معتقا له منعما عليه فاستحق ولاءه لقوله ﷺ « الولاء لمن اعتق » وفي حديث بريرة انها قالت كاتبت أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فقالت عائشة ان شاء اهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا الا ان يكون الولاء لهم وهذا يدل على ان ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقرراً عندهم والله أعلم

(مسئلة) قال (ويعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الاول فانه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه

القادر عليها فان هلك مافي يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً والصحيح انه لايعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر اهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شعيب وروى سعيد باسناده عن النبي ﷺ قال « ايما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها إلا عشرة اواق فهو عبد » وفي رواية « من كاتب عبده على مائة اوقية فأداها إلا عشر اواق » اوقال « الاعشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال هذا حديث غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل ادائه كما لو قال اذا اديت إلي الفا فأنت حر فعلى هذه الرواية اذا ادى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام عنه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ويحتمل انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان احب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء . ووجه ذلك ان العبد لايجبر على اكتساب مايؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة . ووجه الاول انه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك مايؤدي فلم يملك ابطالها كما لو ادى فان تلف المال قبل ادائه جاز تعجيزه واسترقاقه وجها واحداً .

(فصل) إذا ابرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فاشبه مالو أداه وان ابرأه من بعضه برىء منه وهو على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء فان كاتبه على دنانير فابرأه من دراهم أو بالعكس لم تصح البراءة لانه ابرأه مما لايجب عليه الا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما

وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الامر الوجوب قال علي رضي الله عنه في تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً وتخالف الكتابة سائر العقود فان القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فان قيل المراد بالايتاء اعطاؤه سهما من الصدقة اوالندب الى التصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه ؟ قلنا اما الاول فان عليا وابن عباس رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الامر على الندب يخالف مقتضى الامر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا انما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ باطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فان أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة حق على

أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي ابرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعرف بنيته فان مات السيد واختلف المكاتب والورثة فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفي العلم وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فلو مات قبل الاداء كان مافي يده لسيده في الصحيح عنه وعلى الرواية الاخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

هذه المسئلة تشبه ان تكون مبنية على المسئلة التي قبلها ان قلنا انه لايعتق بملك مايؤدي فقد مات رقيقاً وانفسخت كتابته بموته وكان مافي يده لسيده وان قلنا انه عتق بملك مايؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته قال القاضي الاصح ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً ومافي يده لسيده رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولانه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال وكما لو علق عتقه باداء ألف فمات قبل أدائها وعنه انه يعتق ويموت حراً فيكون لسيده بقية كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب

الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخرقي وابو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزىء مايقع عليه الاسم وهو قول مالك الا انه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) و(من) للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ولانه قد ثبت ان المكاتب لايعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وروي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين الفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ماروى ابو بكر باسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال «ربع الكتابة » وروي موقوفا على علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق وهذا لايحصل باليسير الذي هو أقل مايقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فان السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة

الرأي الا ان اباحنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ماتقدم في التي قبلها لانها معاوضة لاتنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاول اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجودها بعد موته، فأما ان مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الامصار الا ان يموت بعد أداء ثلاثة ارباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وان كان مملوكاً في كتابته اجبر على دفع المال إن كان له مال وان لم يكن له اجبر على الاكتساب والاداء

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لايصح عتق الميت والجنون لاينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لان السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم اعطاه منه جاز لان الله تعالى أمر بالايتاء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الايتاء بذلك ولانه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالايتاء منه

ولنا انه لا فرق في المعنى بين الايتاء منا وبين الايتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الحط وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز لان الرفق به يحصل به

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة

(الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه وان ضاقت

ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وان لم يؤد اليه كان للسيد ان يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وان لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قنا ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما انفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن وان أفاق وأقام البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً ولا يرد عليه ما انفقه لانه انفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد انه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما أسلفنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد او الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم للحديث فان كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى أن

التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية والله الموفق

﴿مسألة﴾ قال (وان عجلت الكتابه قبل محلها لزم السيد الاخذ وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى اذا ملك مايؤدي فقد صار حرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) فيما اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها فالمنصوص عن احمد انه يلزم قبولها ويعتق المكاتب وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وان كان

من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض اطرافه في حياته وان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها الى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثا اولا يخلف وارثا وذكر القاضي انه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال

ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة للسيد الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

﴿مسئلة﴾ (واذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق)

هذا المنصوص عن احمد ويحتمل ان لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر، وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزمه قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله

مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا الا ان البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي والمذهب عندي ان في قبضه تفصيلا على حسب ماذكرناه في السلم، ولأنه لايلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه، وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرقي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال ياأمير المؤمنين اني كاتبت على كذا وكذا واني أيسرت بالمال فأتيته به فزعم انه لايأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يايرفا خذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأد اليه نجوما في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان بنحو هذا.

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل اذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق فكذلك اذا قال اذا

كالذي لايفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزمه قبضه مثل ان يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل فتفوته مقصوده، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وإن كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا ان البلد مخوف لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف او في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب

قال القاضي والمذهب عندي أن فيه تفصيلا على حسب ماذكرناه في السلم ولأنه لايلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه وأما مالاضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه

وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرقي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلا أتى عمر فقال ياأمير المؤمنين اني كاتبت على كذا وكذا واني أيسرت بالمال وأتيته به فزعم انه لايأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يايرفا خذ هذا المال فاجعله في بيت المال واد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا

أديت الي ألفاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها باداء العوض فافترقا وكذلك لو أبرأه من العوض في المكاتبة عتق ولو ابرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق والاولى ان شاء الله ماقاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر رضي الله عنه لادلالة فيه على وجوب قبض مافيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد رحمه الله محمول على مااذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقي وابي بكر

(فصل) اذا أحضر المكاتب مال الكتابة او بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام اوغصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى انه حرام مطلقاً لم يمنع منه لانه لا يقر به لاحد وانما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه لان قوله ، وان لم يقبل في حق المكاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين ان عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل إذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها باداء العوض فافترقا ولذلك لو أبرأه من العوض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا والاولى ماقاله القاضي في ان ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر لادلالة فيه على وجوب قبض مافيه ضرر ولان اصحابنا قالوا لو لقيه في بلد اخر فدفع اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد محمول على ماذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقي وأبي بكر

دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض ، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض ، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره ، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضررا

(الفصل الثاني) اذا ملك مايؤدي فالصحيح انه لايعتق حتى يؤدي روي ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فانهم قالوا المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول أكثر أهل العلم وعن احمد رضي الله عنه رواية أخرى انه إذا ملك مايؤدي عتق لما روى سعيد قال حدثنا سفيان عن الزهري عن نبهان مولى ام سلمة عن ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه » ورواه ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه مالو أداه فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وان هلك مافي يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته

(فصل) إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لايلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في ان لايقتضي دينه من حرام ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضا وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى أنه حرام مطلقا لم يمنع منه لانه لم يقربه لاحد وانما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه لان قوله وإن لم يقبل في حق المكاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته فان ابرأه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك الى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان رضي الله عنهما في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وان كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وان كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيراً منه وكان

وقد صار حراً ووجه الرواية الاولى ماروى عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم ـ وقوله ـ أيما عبد كاتب على مائة اوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفي رواية من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق «أوقال» الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال اذا أديت الي الفا فانت حر فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ، ويحتمل كلام الخرقي انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب فانه قال اذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء ووجهه ان العبد لايجبر على اكتساب مايؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة ووجه الاول انه يثبت بالعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو أدى فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجها واحداً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أدى بعض كتابته و مات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيده في احدى الروايتين والأخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لاينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضرراً

﴿مسئلة﴾ ولا بأس ان يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته مثل ان يكاتبه على الف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أوحتى ابرئك من الباقي أو قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك. وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي ، وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لاجل الأجل وهذا أيضا هبة لان هذا لا يجوز بين الاجانب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالاجانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لايجبر على ادائه وله ان يمتنع من أدائه ولاتصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً على المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ماعليه كان أبلغ في حصول العتق واخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض

يحتمل ان هذه المسئلة مبنية على ماقبلها فاذا قلنا انه لايعتق بملك مايؤدي فقد مات رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان مافي يده لسيده ،وان قلنا انه عتق بملك مايؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته

قال القاضي الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما في يده لسيده رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولأنه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال ولانه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت كما لو قال اذا أديت الي ألفاً فأنت حر

(والرواية الثانية) يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ماقدمنا في التي قبلها ولانها معاوضة لاتنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد احد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاولى اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد يتعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته

ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط بعض ما اوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم إن الربا يجري بينهما فيمنعه ماذكره ابن أبي موسى وان سلمنا فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين تفضي الى نفاد مال المدين وتحمله مايعجز عن وفائه من الدين فيحبس من اجله وهذا يفضي الى تعجيل عتق للمكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على الف في نجمين الى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها إلى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل إن يحل عليه نجم فيقول أخرني الى كذا وأزيدك كذا فلايجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما أن الاجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا إنما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

(فصل) وإذا مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن يموت بعد اداء ثلاثة أرباع الكتابة عند ابي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم

وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والاداء

وقد روي عن علي رضي الله عنه انه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً او ميراثاً ورث بقدر ما أدى ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى ، وعن عمر وعلي والنخعي اذا أدى الشطر فلا رق عليه

وقال ابن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقد ذكرنا الجواب عن هذه الاقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن اعادته ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى اديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلا كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لا يصح فبطل التغيير وبقي العقد بحاله ويحتمل ان يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع احدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) وان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل ان يصالح عن النقود بحنطة أو شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس ، وقال القاضي يحتمل ان لا تصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم ، وقال ابن أبي موسى لا يجري الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة فمفارقته لدين السلم أعظم

ينافيه ولهذا لايصح عتق الميت والجنون لاينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لان السيد اذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له ان يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قناً ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لان الباطن بان بخلاف ماحكم به فبطل حكمه كما اذا اخطأ النص وحكم بالاجتهاد الا انه يرد على السيد ماأنفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن، وإن أفاق فأقام البينة انه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً فسخ السيد ولا يردعليه ماأنفقه لانه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم انه مااستوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه استوفاه والمجنون لايعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما اسلفناه من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد مابقي عليه درهم فان كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد مافي يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب

(مسئلة) وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيباً فله ارشه أوقيمته ولا يرتفع العتق)

وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن والا فسخت كتابتك وان كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فان بان معيباً مثل ان كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ماوقع عليه العقد فان مايقابل العيب لم يقبضه فأشبه مالوكاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وان اختار امساكه واخذ أرش العيب أو رده فله ذلك. قال أبو بكر وقياس قول احمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع.

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق انما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق، وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وان اختار امساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لاننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع

له فإن قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثاً بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى ان من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفي رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته فإن كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها الى ورائه بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثاً أو لا يخلف وارثاً وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال

ولنا ان من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيده الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته وما ادى فبين ورثة سيده مقسوماً كالميراث)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وذلك لانه عقد

العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ماذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتنيه ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر أو قال هذا حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالإداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

(فصل) قال رضي الله عنه ويملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال يملك المكاتب اكسابه ومنافعه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الاداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الاجارة والاستئجار قياساً على البيع والشراء ويملك السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي والحسن بن صالح وأبي حنيفة وقد

لازم من جهته لا سبيل الى فسخه فلم ينفسخ بموته كالبيع والاجارة اذا ثبت هذا فان المكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه فان كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائبا وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق وان كان موليا عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد وان اذن بعضهم له في الاداء الى الآخر وكان الذي اذن له في ذلك رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه فان كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه وان كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه كما لو كان بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لايسري عتقه وان كان موسرا وهو (القول الثاني) للشافعي وقال أبو حنيفة لايعتق الا باداء جميع مال الكتابة لانه ادى بعض مال الكتابة فأشبه مالو اداه إلى السيد وان ابرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق وان ابرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما اذا ادى الى بعضهم باذن الاخر

أطلق أصحابنا القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب ان له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقال في موضع ليس له السفر إذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين وماذكروه لاأصل له ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحبة لان الله تعالى جعل للمكاتبين الاخذ من الواجبة وإذا جاز الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط عليه أن لايسافر ولايأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين .

إذا شرط السيد على مكتبه أن لايسافر ، فقال القاضي الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد ابن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضاً بشرط أن لايسافر وقال ابو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »

ولنا على أنه يعتق نصيب من ابرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه أنه ابرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا ابرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فان قيل في السراية ضرر بالشركاء لانه قد يعجز فيرد الى الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

(مسألة) قال (وولاؤه لسيده وان عجز فهو عبد لسائر الورثة)

اما إذا عجز ورد في الرق فانه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتباً لانه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال واما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقي يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله واسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء

ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوما وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وانه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب باخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فان سافر بغير اذنه فله رده ان أمكنه وان لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق لانه لم يف بما شرط عليه أشبه مالو لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشرط عليه.

(فصل) وان شرط عليه ان لا يسأل الناس فقال أحمد قال جابر بن عبدالله هم على شروطهم ان رأيته يسأل تنهاه فان قال لا أعود لم يرده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وانه ان خالف مرة لم يعجزه وان خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه قال ابو بكر إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما اذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن

وقال بعض الناس لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه والذي اراه ويغلب علي انهن يرثن وذلك لان المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً وهذا قول طاوس والزهري وذلك لان المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل الى المشتري ولانه يؤدي الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو ادى الى المشتري ووجه الأول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو ادى اليه ولان الورثة انما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وانما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء ان السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب ان لا ينتقل عنه

(فصل) فان اعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولان السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن اعتق » وان اعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر عتقه لكونه معسراً او لغير ذلك فله ولاء ما اعتقه للخبر ولانه منعم عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب وقال

لايكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم وذكر ابو الخطاب انه لايصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ماجعل الله له .

﴿ مسئلة ﴾ (وله الانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل مافيه صلاح المال) .

لان له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والانفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم مايحتاجون اليه من مأكلهم ومشربهم وكسوتهم بالمعروف مما لاغنى لهم عنه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتعزيرهم اذا فعلوا مايستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لانه موضع ولاية وما هو من أهلها وله ان يختنهم لانه من مصلحتهم وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وان اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه وان انكره السيد كان عليه اليمين وان أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الاخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ملك شيئاً ملك الاقرار به .

القاضي ان اعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان ادى الى الباقين عتق كله و كان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقا كسهام سائر الورثة فلما اعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فاما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا ادى اليهم لان الابراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم انعموا عليه بما عتق به فاشبه ما لو اعتقوه وان ابرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لانهم يقومون مقام المكاتب والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته فان عجز فعجزه عاد رقيقاً له وان ادى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولاءه للورثة اذا ادى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لان السيد ببيعه ابطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له ان يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا باذن سيده) .

وجملة ذلك أن المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن سيده ؛ وهو قول الحسن ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ؛ وقال الحسن بن صالح له ذلك ؛ لانه عقد معاوضة أشبه البيع .

ولنا قول النبي ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » ولان على السيد ضرراً لانه ان عجز رجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا اذا تزوج لم يصح وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبينا انه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل .

ولنا الخبر ولانه تصرف متضمنه للضرر فلم يصح كالهبة . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان بعده فعليه مهر المثل يؤدى من كسبه كجنايته فان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وان كانت امه فهو رقيق لسيدها ؛ فان أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فان الخبر يدل بمفهومه على انه يصح اذا اذن له لان المنع من نكاحه لحق السيد فاذا اذن فيه زال المانع وقياساً على ما اذا اذن لعبده القن

(فصل) وان وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فان سلم مال الكتابة إلى الموصى له او وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان ابرأه من المال عتق ايضاً لانه برىء من مال الكتابة فاشبه ما لو ادى وان اعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته ولا وصى له بها وانما وصى له بالمال الذي عليه وان عجز ورد في الرق عاد عبداً للورثة وما قبضه الوصي الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والامر في تعجيزه الى الورثة لان الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وأما الموصى له فان حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له في ذلك حق وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان ابرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره وان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين الى الوصي دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية له وان كان انما اوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم ان يقضوا الدين منه ومن غيره والوصي في قضاء الدين حق فيه لان لهم منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً فادعى العبد ان سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة

(فصل) وليس له التسري بغير اذن سيده لان ملكه ناقص. وقال الزهري لا ينبغي لاهله ان يمنعوه من التسري.

ولنا ان على السيد فيه ضرراً فمنع منه كالتزويج وبيان الضرر انه ربما احبلها والحمل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت ام ولد يمتنع عليه بيعها في اداء كتابته فان عجز رجعت الى سيده ناقصة واذا منع من التزويج لضرره فهذا اولى فان اذن له سيده جاز وقال الشافعي لا يجوز في احد القولين لانه امر يضر به وربما افضى الى منعه من العتق فلم يجز باذن السيد.

ولنا انه لو اذن لعبده القن في التسري جاز فالمكاتب اولى ولان المنع كان لاجل الضرر بالسيد فجاز باذنه كالتزويج اذا ثبت هذا فانه ان تسرى باذن سيده اوغير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب على الانسان شيء لنفسه فان ولدت فالنسب لاحق به لان الحد إذا سقط للشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لانه ابن امته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وليس له بيعه لانه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فان ادى عتق وعتق الولد لانه ملك لابيه الحر وان عجز وعاد الى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد

(فصل وليس له ان يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وحكي

لان الحق لهما وان أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلهما رده إلى الرق ، وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم تملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقا ، وان لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله انهما لا يعلمان ان أباهما كاتبه لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وان نكلا قضي عليهما اوردت اليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قنا فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجر بها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين وان لم يكن عدلا او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة او مشاهرة او كيفما كان جاز وان طلب ذلك احدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام احمد انه يجبر عليها وهو قول ابي حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما

عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد لانه يأخذ عوضا عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد على منافعها اشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الامة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهات المكاسب فربما اعجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عاد رقيقاً للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص وفارق الاجارة فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وان اذن السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع منه

(فصل) وليس له استهلاك ماله ولاهبته وبه قال الحسن ومالك والثوري والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولانا قصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وتجوز باذن سيده وقال أبو حنيفة لا تجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب وقال الشافعي في أحد قوليه تصح لان فيها معاوضة

حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالاعيان ويحتمل أن لايجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لان المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب مهايأة اومناصفة فلم يف باداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد أخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أبينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المنكر يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم يتسبب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لانه قد قبض من العبد مثل ماقبض فقد حصل أداء مال الكتابة اليهما جميعا فعتق كله بذلك وولاء هذا النصف للمقر لان أخاه لايدعيه وهذا المقر يدعي انه كله قد عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيبي من الولاء ، وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) كقولنا

(والثاني) الولاء بين الاثنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث والصحيح ماقلناه لماذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء الاب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لابيه على انسان

ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر ولان عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيئة وان اذن السيد فيها جازت ولذلك ان وهب لسيده او لابن سيده الصغير جاز لان قبوله للهبة إذن فيها وليس له ان يحابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به لانه اتلاف للمال على سيده فأشبه الهبة ولايجوز له ان يعير دابته ولايهدي هدية وأجاز ذلك اصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه كالمأذون له لان المكاتب لاينحط عن درجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالهبة وليس له ان يوصي بماله ولايحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض لانه يعرضه للاتلاف ولايضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي واصحاب الرأي لان ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لان فيه اتلاف المال على سيده وقال القاضي له ان يقتص من الجناة عليه وعلى رقيقه ويأخذ الارش لان فيه مصلحته

(فصل) ولا يعتق رقيقه الا باذن سيده وبه قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لايحصل له به مال اشبه الهبة فان اعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج ان يصح ويقف على اذن سيده وقال ابو بكر هو موقوف على آخر امر المكاتب فان أدى عتق معتقه وان لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الارحام انهم موقوفون

ولنا انه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولانه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده

وأنكره الآخر فان المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وان كان يرثه عن الاب وكذلك لو ادعياه معاً وأقاما به شاهداً واحداً لحلف أحدهما مع الشاهد وابى الآخر فان أعتق احدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً وهذا قول الخرقي لقول النبي ﷺ « من اعتق شركاً له من عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطي شركاؤه حصصهم » ولانه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب وقال ابو بكر والقاضي لاتعتق إلا حصته لانه ان كان المعتق المقر فهو منفذ وان كان المنكر لم يسر إلى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سراية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

(مسئلة) قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير والثوري والحسن بن صالح وأبي حنيفه ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم

فكان باطلا كسائر مامنع منه ولا يصح قياسه على ذوي ارحامه لان عتقهم ليس بتصرف منه وانما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتقوا به فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق انما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلا فلا تتبين صحته إذا كمل الملك لان كمال الملك في الثاني لايوجب كونه كاملا حين الاعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته باداثه فان اذن فيه سيده صح وقال الشافعي في احد قوليه لايصح لان تبرعه بماله يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى او فيه حق له فلا يجوز تفويته ولان العتق لاينفك من الولاء وليس من أهله ولان ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ماني يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه

ولنا ان الحق لايخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وماذكروه يبطل بالنكاح فانه لايملكه ولا يملكه السيد عليه وإذا اذن فيه جاز وأما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوي ارحامه هذا قول القاضي وقال أبو بكر يكون لسيده لان اعتاقه انما صح بإذن سيده فكان كنائبه

(فصل) قال شيخنا وليس له ان يحج اذا احتاج الى انفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف ان له ان يحج بغير إذن سيده لانه كالحر المدين ونقل الميموني عن احمد المكاتب ان يحج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه قال شيخنا وذلك محمول على انه يحج باذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز

ليست على قولين انما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي قال له السفر اذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه

ولنا أن المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين فأشبه الحر المدين ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم

(فصل) فان شرط عليه في الكتابة ان لا يسافر فقال القاضي : الشرط باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو اقرضه رجل قرضاً بشرط ان لا يسافر وقال أبو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوما وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وأنه لا يرجع الى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل ايفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر الا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى ، وأولى فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فان سافر بغير اذنه فله رده ان امكنه وان لم يمكنه رده احتمل ان له تعجيزه ورده إلى الرق لانه

لانه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعتق فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذى يتبرع له انسان باحجاجه او يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لان هذا يجرى مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب ان يكاتب الاباذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ولانه لايملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالماذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذى ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة والثورى والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع وقال أبو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان اذن فيها السيد صحت، وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده)

إذا كاتب عبده فعجزا جميعاً صارا رقيقين للسيد وان ادى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الاول وإن أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قال أبو بكر وولاؤه للسيد وهو قول أبي حنيفة لان العتق لاينفك عن الولاء والولاء لايوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب

لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة واحتمل ان لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه

(فصل) وان شرط في كتابته ان لا يسأل فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان رأيته يسأل تنهاه فان قال لا أعود لم يرده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو اكثر فله تعجيزه . قال ابو بكر اذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس له ان يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وابي يوسف وقال الحسن ابن صالح له ذلك لانه عقد معاوضة اشبه البيع

ولان الميراث لا يقف كذلك سببه ، وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولان العبد ليس يملك له ولا يجوز ان يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لا يجوز ان يقف كما لم يقف النسب والميراث ليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة باحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على ان الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجره مولى الاب من مولى الام فجاز ان يكون موقوفا والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يبيع نسيئة وان باع السلعة باضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي)

لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به . قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضميناً أو رهينا أو لم يأخذ لان الغرر باق لانه يحتمل ان يتلف الرهن ويفلس الغريم والضمين ، ويحتمل ان يجوز مع الرهن والضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع

ولنا قول النبي ﷺ « أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » ولان على السيد فيه ضرراً لانه ربما عجز فيرجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأدية نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به

إذا ثبت هذا فانه إذا تزوج لم يصح تزويجه وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبينا أنه كان صحيحا وان عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولانه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة وما ذكره لا أصل له فاذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدى من كسبه لانه بمنزلة جنايته وان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها ، فأما ان أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعا فان الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ولان المنع من نكاحه لحق سيده فاذا أذن له زال المانع ولانه لو أذن لعبده القن في النكاح صح منه فالمكاتب اولى

(فصل) وليس له التسري بغير اذن سيده لان ملكه غير تام ، وقال الزهري لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسري

ولنا ان ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج وبيان الضرر فيه انه ربما

بأكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح وان اشترى نسيئة جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز ان يدفع به رهناً لان الرهن امانة وقد يتلف اويجحده الغريم وليس له ان يدفع مال سلما لانه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلف في ذمته لانه في معنى الشراء نسيئة وله أن يقترض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لانه يسلمه إلى غيره فيغرر بها وفي الرهن والمضاربة وجه آخر انه لا يجوز وله أن يأخذ قراضا لانه من انواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك باذن سيده)

إذا لزمت المكاتب كفارة ظهار او جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ولان المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وان اذن فيه السيد لان عليه ضرراً لما يفضي اليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد بالتمليك فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لانه يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالاطعام إذا أذن فيه السيد وان أذن

أحبلها والحبل مخوف في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت ام ولد فيمتنع عليه بيعها في اداء كتابتها وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى ، فأما إن أذن له سيده في التسري جاز له

وقال الشافعي لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أضر بضربه وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز وإن أذن فيه سيده ولأنه ناقص الملك فلم يجز له التسري كوطء الجارية المشتركة

ولنا انه لو أذن لعبده القن في التسري جاز فالمكاتب أولى ولان المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بتأديبه كالتزويج . اذا ثبت هذا فانه اذا تسرى باذن سيده او غير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولأ مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب على الانسان شيء لنفسه وإن حبلت فالنسب لاحق به لان الحد اذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له لانه ابن أمته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وليس له بيعه لانه ولده ويكون موقوفا على كتابته فان أدى عتق وعتق الولد لانه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضا ويكونان مملوكين للسيد فأما الامة فان ولدت قبل عتقه وعجزه فانها تصير ام ولد للمكاتب وليس له بيعها نص عليه احمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه فكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب ان عتق فهي ام ولده وإن رق رقت

له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد ان شاء الله تعالى قال شيخنا والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿ مسألة ﴾ (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجهين)

(احدهما) لا يجوز لان في دفع ماله إلى غيره تغريراً به وفي الرهن خطر لانه قد يتلف أو يجحده الغريم وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لانه قد يرى الحظ فيه بدليل أن لولي اليتيم أن يفعله في مال اليتيم فجاز كاجارته

﴿ مسألة ﴾ (وليس له شراء ذوي رحمه الا باذن سيده)

لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال القاضي له ذلك وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانه اشترى مملوكا لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا رقيقاً لسيده ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالاجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ولان السبب تحقق وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكروه لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فان أذن

وقال القاضي في موضع لا تصير ام ولد بحال وله بيعها لانها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين وإن وضعته بعد عتقه لاقل من ستة أشهر تبينا انها حملت به في حال رقه فالحكم على مامضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا انها حملته حراً لاننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتكون ام ولد لانها علقت بحر في ملكه وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

(فصل) وليس للمكاتب أن يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وهو الذي قاله ابو الخطاب في رءوس المسائل

وحكي عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد وهو قول ابي حنيفة لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد ذمة على منافعها فأشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه انزوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الامة ملك لزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن اداء نجومه وإن عجز عاد رقيقاً للسيد مع ماتعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كاعتاقهم وفارق اجارة الدار فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان

فيه سيده جاز وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

﴿ مسئلة ﴾ (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم)

لانه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض اولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير اذن السيد لا يجوز قبولهم الا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يعتق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه)

وقال أصحاب الرأي له بيع من عدا الوالدين والمولودين لانهم ليست قرابتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الاجانب

ولنا انه ذو رحم يعتق عليه إذا عتقه فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه

(فصل) ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلأن لايقع بالشراء الذي اقيم مقامه اولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه

العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وإن أذن له السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع من أجله فجاز باذنه

(فصل) وليس له اعتاق رقيقه الا باذن سيده وبهذا قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وابو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبه الهبة فان أعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج أن يصح ويقف على اذن سيده

وقال ابو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فان أدى عتق معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الارحام انهم موقوفون

ولنا انه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولانه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لان عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه وانما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق انما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلا فلا تتيقن صحته اذا كمل الملك لان كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملا حين الاعتاق وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بادائه، فأما ان أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد القولين لا يصح لان تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى او فيه حق له فلا يجوز تفويته ولان العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ولان ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح لانه فيه

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وماذكروه يبطل بالنكاح

فصاروا بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب وله كسبهم لانهم مماليكه اشبه الاجانب ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من امته قياساً عليهم

(فصل) فان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وان أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وان اعتقهم باذنه عتقوا كما لو اعتق غيرهم من عبيده وان اعتقه سيده عتق وصاروا رقيقا للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب ان يعتقوا كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة أو بأدائه تحقق هذا ان الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول الا بالاداء او ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع الى إبطال حق المكاتب وانما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادوا رقيقا وقال أبو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها وكذلك ام ولده وقال أبو حنيفة في

فانه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا أذن له فيه جاز واما الولاء فانه يكون موقوفا فان عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي وقال القاضي ابو بكر يكون لسيده لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له

(فصل) والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفا لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان المقصود من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وان أذن فيه سيده جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي فيه كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن فاما الهبة بالثواب فلا تصح وقال الشافعي في أحد قوليه تصح لان فيها معاوضة

ولنا ان الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ولان عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ، وان أذن فيها السيد جازت وان وهب لسيده جاز لان قبوله الهبة إذن فيها وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصل) ولا يحابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه لان ذلك يجوز

الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا انه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الامة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرية بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فاذا اتت المكاتبة بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها فان عتقت بالاداء او بالابراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقاً قنا وهذا قول شريح ومالك والثوري وابي حنيفة واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة أو حدث بعدها وقال ابو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع امه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة

ولنا ان الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول اربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي

للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ولا يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئا ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي وأبي اب الرأي لان ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة

(فصل) وليس له أن يحج ان احتاج الى انفاق ماله فيه ونقل الميموني عن احمد للمكاتب أن يحج من المال الذي جمعه اذا لم يأت نجمه وهذا محمول على انه يحج باذن سيده اما بغير اذنه فلايجوز لانه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعتق

فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذي تبرع انسان باحجاجه او يخدم من ينفق عليه فيجوز اذا لم يأت نجمه لان هذا يجري مجرى تركه وليس للكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب أن يكاتب الا باذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وابي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع، وقال ابو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فاذا كاتب عبده فعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد، وان أدى المكاتب الاول ثم

عتقه، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هي لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته لانه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة او شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك اذا تبعها يحققه انه اذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في اروش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها

وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائه كالحكم في اتلافه، وأما كسبه وارش الجناية عليه فينبغي ان يكون لامه ايضاً لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها ولان اداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي أن يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه اليه اذ في عجزها رقه وفوات كسبه عليه، واما نفقته فعلى امه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها واما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بعجزها لانه تابع لها وان ماتت المكاتبة في كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قنا الا ان يخلف وفاء فيكون على الروايتين، وان اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه انما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء انما حصل عتقها بأمر لا يتبعها

أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وان أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وادى الثاني فولاؤه للسيد الاول وان ادى الثاني قبل عتق الاول عتق قال ابوبكر وولاؤه للسيد . وهو قول ابي حنيفة لان المعتق لاينفك عن الولاء والولاء لايوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب . ولان الميراث لايقف كذلك سببه . وقال القاضي هو موقوف ان ادى عتق والولاء له والا فهو للسيد ، وهذا احد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه ، وقولهم لايجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه اذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء ان الولاء لايجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو مايجره موالي الاب من مولى الام فجاز أن يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف

(فصل) وليس له أن يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به

فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها ان يعود ولدها رقيقاً ومقتضى قول شيخنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فاذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاد أو تدبير او تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية مهنا لانه مملوك له فصح عتقه كامه ولانه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه . قال القاضي: وقد كان يجب ان لاينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه لتفويت كسبه عليها فانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل احمد نفذ عتقه تغليباً للعتق والصحيح أنه يعتق وماذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه

(أحدها) ان الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لايفضل عن نفقته فلاضرر في اعتاقه لانه لا يفضل لها من كسبه شيء تنتفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد

(الثاني) أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لانها لا تملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها

قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في احدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ بالثمن ضميناً او رهناً او لم يأخذ لان الغرر لم يزل فان الرهن يحتمل ان يتلف ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع بأكثر مما يساوي حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لان الرهن أمانة وقد يتلف او يجحده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلماً لانه في معنى البيع نسيئة وله ان يستسلف في ذمته لانه في معنى الشراء نسيئة وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطار به وله أن يقترض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضاً لانه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ماذكرنا

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشتري باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل الا باداء عوضه ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار ان تسعة أعشار الرزق في التجارة وله أن يأخذ ويعطي فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما

(الثالث) أن مطلق الضرر لايكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ثم هو ملغي بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى.

(فصل) فاما ولد ولدها فان ولد ابنها حكمه حكم امه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتسري الكتابة اليه لان السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا يسري اليه بدليل ان أم ولد قبل ان يستولدها لايسري اليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب ان يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولان البنت تبعت امها فيجب ان يتبعها ولدها لان علة اتباعها لامها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب ان يسري الى ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فاما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها)

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبة شراء زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي لاينفسخ لان المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده اذا اشتراه فاشبه العبد القن

لاغناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتعزيرهم اذا فعلوا مايستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك اقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لان له ان يشتري منه ، وان اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب ان سيده عفا عنها سمعت دعواه وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الاخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع اذن سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئاً فله الاقرار به

(مسئلة) قال (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجملته ان الربا يجري بين العبد وبين سيده فلم يجز ان يبيعه درهماً بدرهمين كالاجنبيين وقال ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته اذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك ام

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وإنما منع التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولذلك لم يعتق عليه ذوو رحمه وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه .

(مسئلة) (وان استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين)

إذا استولد المكاتب امته قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد المكاتب وليس له بيعها نص عليه أحمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه وكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب ان اعتق فهي أم ولده وإن رق رقت ، وقال القاضي في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يملك السيد شيئاً من كسبه ولا يبيعه درهماً بدرهمين)

لا يملك شيئاً من كسب المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده ليملك ماله وكسبه ومنافعه فلا

ولد ، ووجه قول الخرقي ان السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالاجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه وانما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية ان يعجزه فيعود اليه وهذا لايمنع جريان الربا بينهما كالاب مع ابنه فعلى هذا القول لايجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الاجانب

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين او مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما اذا تساقطا بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن ابي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي لايجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه لايجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لايجوز مع التراضي به وعلى قول ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه بيع فأما ان كانا عرضين او عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من

يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجري الربا بينه وبين سيده لانه معه في باب المعاوضة كالاجنبي وقال ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه الاول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالاجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما بيد صاحبه وانما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لايمنع جريان الربا بينهما كالاب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الاجانب .

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما إذا تساقطا بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى وان كانا نقداً من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لوكان له على سيده الف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصا بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي لايجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه

جنس حقه او غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجز أيضاً لانه بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذى ذكرناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لايشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (او ماملكت أيمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد ازال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق ام الولد فان ملكه باق عليها

لايجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لايجوز وان تراضيا به وعلى قول ابن أبي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل تراضيهما به لانه بيع فان كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجز ايضاً لانه بيع دين بدين وان قبض احدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان كان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن أبي موسى الذي ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ وان جنى عليه فعليه ارش جنايته)

إذا جنى السيد على مكاتبه فلاقصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه ملكه ولايقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح لانه قبل الاندمال لاتؤمن سرايته الى نفسه فيسقط ارشه ومتى سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فاذا اندمل الجرح وجب له ارشه حينئذ فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل واحد

وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لأنها استحقت العتق بموته استحقاقا لازما لايمكن زواله

(الفصل الثاني) اذا شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لايملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او اعتقها

وقال الشافعي اذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك لايفسد العقد به لانه لايخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح

و لنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا شرطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لأنه يزيل ملكه عنها

(فصل) فان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها وان وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا الا عن الحسن والزهري فانهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

منها مطالبة صاحبه بما يستحقه فان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ وان حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة أو اجرة مثله)

إذا حبسه سيده فقد اساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه (والثاني) يحتسب عليه بمدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يفضي إلى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده الى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك (والثالث) يلزم سيده أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله فيها لانه وجد سببهما فكان للمكاتب أنفعهما .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يطأ مكاتبته الا ان يشترط)

وطء المكاتبة من غير شرط حرام في قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري

ولنا انها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لاتزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كنافع بدنها

(فصل) وان اولدها صارت ام ولده سواء وطئها بشرط او بغير شرط لانه أحبلها بحر في ملكه فكانت ام ولده كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كامها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطىء فرجا محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت ام ولده والولد حر لانه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لاتملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة

ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو ماملكت ايمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فان ملكه باق عليها وانما يزول بموته فاشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحقت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

(فصل) فان شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لايملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او أعتقها ، وقال الشافعي إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً وقال مالك لايفسد العقد به لانه لايخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح .

ولنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها . يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فانه يزيل ملكه عنها .

الملك وتصير ام ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه و كان عليه قيمتها لسيده ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعته في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذنه لان عليه ضرراً في ذلك فانه يثبت للزوج حقاً فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتها جميعاً لان الملك له فأشبه الجارية الثمن والمهر للمكاتبة على ماذكرنا في مهرهن اذا وطئهن السيد

(مسألة) قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامر ان السيد إذا وطيء مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا انه لا حد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان احدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالاجارة والبيع بعد لزومه فاما المهر فانه يجب

﴿ مسألة ﴾ (وإن وطئها من غير أن يشترط أو وطيء امتها أدب ولم يبلغ به الحد) .

اذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء ، وروي عن الحسن والزهري أنهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكته فلم يجب عليه الحد بوطئها كالمرهونة والمستأجرة ويخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وعليه مهرها إذا وطئها بغير شرط ، لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبه منافع بدنها فان كانا عالمين عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا تخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالاجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطاوعة كانت أو مكرهة وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وانكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه

لها أكرهها او طاوعته وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي، وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وأنكر أصحابه مانقله المزني وقالوا لايعرف وقال مالك لاشيء عليه لانها ملكه

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ولان المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطيء امرأة بشبهة عقد مطاوعة فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء الاول وان لم يكن ادى عن الاول لم يجب الامهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهرا واحدا كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فان كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها فان أدت عتقت وان عجزت عتقت بموته وان مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها مابقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ولان المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وانما وجب في حال المطاوعة لان الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطيء امرأة بشبهة عقد مطاوعة، فان تكرر وطؤها وكان قد ادى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء وان لم يكن أدى عن الأول لم يجب الا مهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يجب الا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) فأما ان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لانه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها، وإذا وجب لها المهر بالوطء فان كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة وان كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضاً به وان كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله.

﴿ مسئلة ﴾ (فان أولدها صارت ام ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط)

لانه أحبلها بحر في ملكه فكانت أم ولد كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

وجملته أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لانه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير ام ولد له لذلك ولا تبطل كتابتها لانه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير

* ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لايملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة وماذكروه يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه (احدها) ان حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولاسبيل الى إبطاله بحال فاستغني به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالاداء ويكون مافضل من كسبها لها ويملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لايحصل بالاستيلاد فيجب ان تبقى لبقاء فائدتها (الثاني) ان الكتابة اقوى من التدبير للزومها وكونها لاتبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فاذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام احدهما

(فصل) وليس له وطء بنت مكاتبته لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأمها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد فيشترطه فان وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر لانه وطيء وطئاً محرما ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها فان احبلها صارت أم ولد له والولد حر لانه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان امها لاتملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقاً فان فعل اثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعته في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك السيد اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا امتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وليس لواحدة منهن التزويج بغير إذنه لان عليه ضرراً في ذلك فانه يثبت حقاً للزوج فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لايملك وطأها فان تراضيا بذلك

الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان العتق بالكتابة له ما فضل من نجومه وان عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته ومافي يدها لورثة سيدها وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لانها ام ولد وتسقط الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق ومافي يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة وقال القاضي في المجرد وابن عقيل في كتابه ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق إذا وقع في الكتابة لايبطل حكمها كالابراء من نجوم الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على مافي يدها ولم يحدث الاما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عمافي يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح والله أعلم

(فصل) وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها ومافي يدها لها في قول القاضي ومن وافقه فأما على قول الخرقي ومن وافقه فقياسه ان يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ويحتمل ان يكون لها على قولهم أيضا لان السيد اعتقها برضاه فيكون رضا منه باعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد فانه

جاز لان الحق لايخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتها جميعا لان الملك له فأشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ماذكرنا في مهر هن اذا وطئهن السيد

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدت عتقت وان مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط مابقي من كتابتها وما في يدها لها إلا ان يكون بعد عجزها وقال أصحابنا هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكاتب سيده)

قد ذكرنا أن السيد اذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لانها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهري ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحاكم تبطل كتابتها لانها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير

ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لايملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وماذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه

(أحدها) أن حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى ابطاله بحال فاستغني به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل به العتق بالأداء ويكون مافضل من كسبها لها وتملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها

حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير للسيد باعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض في أخذ ماله اما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته وإما لغرض له في بعض اعيان ماله اعتقه وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالام سواء لانه بائع لها فيثبت له مايثبت لها وان ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده وان اختلفا في ولدها فقالت ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه

وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقا لسيدها التصرف فيهما وهي تدعي مايمنع التصرف وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لانها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتبة لانها لاتدعي ملكه

(فصل) إذا كانت الامة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها احدهما أدب فوق أدب الواطىء لمكاتبته الخالصة له لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد واثمه اعظم وأدبه أكثر

(الثاني) ان الكتابة أقوى من التدبير لزومها وكونها لاتبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم . اذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منها يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفردلان انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لاينافيه لايمنع ثبوت حكمه فان ادت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها واجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فان مات سيدها قبل عجزها عتقت بانها ام ولد وسقطت الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاد فبطل حكم الكتابة فاشبهت غير المكاتبة وقال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول مافضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالابراء من مال الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فان لم يكن حل نجم قبضت المهر فاذا حل نجمها سلمته اليهما وان حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته الى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطىء بالمهر وان لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها او دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته إلى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه اوغيره وان عجزت فسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء وان لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطىء بنصفه لانه وطىء جارية مشتركة بينهما فان حبلت منه صارت ام ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان او معسراً إلا انه إن كان موسراً أداه في الحال، وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقي ذكر مثل هذا في باب العتق فعلى هذا تصير ام ولد للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على مابقي من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوي مكاتبته مبقاة على مابقي عليها من كتابتها واختار القاضي انه إن كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الاعتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة

﴿مسألة﴾ (وكذلك الحكم فيما إذا اعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه، وعلى قياس قول الخرقي ومن وافقه يكون لسيده كما لو عتقت الامة المكاتبة ويحتمل ان يكون لسيدها ايضاً على قول الخرقي ومن وافقه لان السيد اعتقه برضاه فيكون رضا منه باعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاد فانه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير الى السيد إعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض في اخذ ماله اما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة واما الغرض له في بعض اعيان ماله او لكونه يتعجله قبل ان تحل نجوم الكتابة أعتق واخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت المكاتبة بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها بالعتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كلام سواء لانه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وان ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده فان اختلفا في ولدها فقالت ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقاً لسيدها له التصرف فيهما وهو يدعي مايمنع التصرف ثم، وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتبة عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتب لانها لا تدعي ملكه

فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد وان عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها قن لايقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بمعتق ، وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وان عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطيء فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها ام ولد له فان مات عتقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر انها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك وتصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها ، وان عجزت ففسخ الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها ام ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل

ولنا على ان الكتابة لاتبطل بالتقويم انها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه وكما لو لم تحبل منه فاما الولد فانه حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

(فصل) وان كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء المكاتبة الخالصة له لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وإثمه أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما اسلفناه فيما اذا كان السيد واحداً فان لم يكن حل نجم قبضت المهر فاذا حل نجمها سلمته اليهما وان حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطيء بالمهر وان لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته الى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضا عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وان عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطيء وان لم يكن في يدها شيء كان الذي لم يطأ ان يرجع على الواطيء بنصفه لانه وطيء جارية مشتركة بينهما فان حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً فان كان موسراً اداه في الحال وان كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقي فعلى هذا تصير أم ولد للواطيء ومكاتبة له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على مابقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبة مبقاة على مابقي من كتابتها واختار القاضي أنه ان كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة

وروي عن احمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضي هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين ابو بكر واختار انها ان وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطىء، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فإن ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر ام ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا انها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

(فصل) وان وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها فان كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكراً حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين وان كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ماذكرنا في المقاصة فان أدت اليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لانها قبضتهما وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها قسماهما وان تلفا او بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض

لا عتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له الا حكم الكتابة فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بعتق وان مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما وان عجزت وفسخت الكتابة قومناها حينئذ على الواطىء فيدفع الى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها ام ولد له فان مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطىء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها وان عجزت ففسخت الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا ان الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فينبغي ان يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل

ولنا على ان الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو

المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ماعليه وان كان احدهما اكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلها على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ماعليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر او قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها وان افضاها احدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب في الامة ثلث قيمتها مع المهر

(فصل) ويحتمل أن يلزمه في الافضاء قدر نقصها، وقال القاضي تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في افضاء الحرة وقد ذكرناه فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف الذي ذكرناه، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي أفضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء، وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف في ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له وولده حر لاحق النسب به والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلادها سواء

وأما الثاني فعلى قول الخرقي قد وطىء ام ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير ام ولد له لانه ما

استولدها وهي في ملكه أو كما لو لم تحبل منه وأما الولد فهو حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف ان يكون مملوكا لشريكه فقد أتلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي هذه الرواية أصح في المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر وذكر أنها ان وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطىء وان وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطىء لها الاستبراء فاتت بالولد لاكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها، ان أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

﴿مسئلة﴾ (وان وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)

فان كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وان كانت بكراً حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجمها لم يحل فانها مطالبتهما بالمهرين وان كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة فان أدت اليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما

مملوكة غيره فاشبه مالو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافا فان قلنا بوجوبها تقاصا بما لكل لواحد منهما على صاحبه في القدر الذي تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال أمكن التقويم فيها وذكر القاضي في هذه المسئلة أربعة أحوال

(احدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ماذكرنا إلا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح لان الكتابة لاتبطل بالاستيلاد ومهر المكاتبة لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها فلان لايملك المهر الواجب على غيره اولى، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الذي قبله سواء قال القاضي: الا ان ولده يكون مملوكا لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لايرق لاعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لايختلف بالاعسار واليسار وانما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

مطالبة الاخر بشيء لانها قبضتها وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها اقتسماهما وان تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لايثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أقل من الاخر تقاصا منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الاخر بنصف الزيادة وان قبضت من أحدهما دون الاخر رجع المقبوض منه على الاخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الاخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الاخر رجع من قبض منه الاكثر على الاخر بنصف الزيادة التي اداها فان افضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فيوجب في الامة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في افضاء الحرة وسنذكره ان شاء الله تعالى فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الاخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف المذكور فان ادعى كل واحد منهما على الاخر انه الذي افضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء وان نكل احدهما قضي عليه وان كان الخلاف قبل عجزها فادعت على احدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على احدهما غير معين لم تسمع الدعوى

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت من احدهما صارت ام ولد له) ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها؟ على روايتين

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير ام ولد لها جميعاً نصفها ام ولد للاول ونصفها ام ولد للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) أنه يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه

(والثاني) نصفه حر وباقيه عبد لشريكه الا أن نصف ولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملا على كل واحد منهما واذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فحكمه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذه المسئلة قريب مما ذكر القاضي

وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها احدهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتت بولد والحق بهما صارت ام ولد لهما يعتق نصفها بموت احدهما وباقيها بموت الآخر كما لو كان سيدها واحداً واستولدها فانها تعتق بموته وعند القاضي لا يسري استيلاد احدهما الى نصيب شريكه)

لانه انعقد له سبب استحقاقه الولاء على نصيبه بالكتابة فلم يجز ابطاله بالسراية الان يعجز فينظر حينئذ فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي واجبنا عنه فيما سبق

(فصل) فاما ان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له وولده حر يلحقه نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلادها سواء، واما الثاني فقد وطىء ام ولد غيره بشبهة واولدها فلا تصير ام ولد له لانها مملوكة غيره فاشبه ما لو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه وكان من سبيله ان يكون رقيقاً له حكمه حكم امه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافا فان قلنا بوجوبها تقاصا بما لو احد منهما على صاحبه في القدر الذي تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال امكن التقويم فيها وذكر القاضي في المسئلة اربعة احوال

(فصل) وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما انه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت ام ولد لي باحبالي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد ان صارت ام ولدلي وهل يكون مقراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى مايدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطا وان زاد مايقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في إقراره ، وإن زاد مايدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ، ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

وقال ابو بكر في الامة قولان (أحدهما) يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لها ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول أقول، وأما القاضي فاختار انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال أن تكون ام ولد للآخر ،وأما اذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بان نصفها ام ولده ويصدقه الآخر لان الاستيلاد لايسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه

(أحدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا الا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ومهر المكاتبة لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها وجب عليه المهر لها فلأن لايملك المهر الواجب على غيره أولى ولانه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الاول سواء قال القاضي الا ان ولده يكون مملوكا لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق باعسار والده بدليل ولد المغرور من امة والواطيء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالاعسار واليسار وانما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار التساوي فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة ابيه

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير أم ولد للاول ونصفها للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) ان يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه (والثاني) نصف حر وباقيه عبد لشريكه الا ان نصف الولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد

فيتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولدان بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين فأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف على مايدعيه عليه من الزيادة لانه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه

فاما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعانه فان مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته فاذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر اولا لم يعتق منها شيء فاذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول ابي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملا على كل واحد منهما إذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فحكمه حكم الثالث سواء إلا ان ولد الثاني حر لان الحرية تثبت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم امه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

(فصل) وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باحبالي اياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد أن صارت ام ولد لي وهل يكون مقراً لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطا وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في اقراره وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

(فصل) فان وطئاها معا فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما اوبعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما او قبل مضي ستة اشهر منذ وطئها كل واحد منهما فان الولد منفي عنهما وهو مملوك لها حكمه حكم أمه في العتق بادائها، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لان دعوى الاستبراء في الامة كاللعان في الحرة

(القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك. وأما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان هو الثاني فقد وطىء أم ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وان كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها، وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الاول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل

وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر

وقال أبو بكر في الامة قولان (أحدهما) ان يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول اقول وأما القاضي فاختار انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال ان تكون ام ولد للآخر فاذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وان كانا معسرين فكل واحد منهما يقر بان نصفها أم ولده ويصدقه الاخر لان الاستيلاد لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والاخر يصدقه فيتقاصان ان تساويا وان فضل احدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وان كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بان نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين وأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الامة ونصف مهر مثلها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لانه ادعى عليه

مثلها فان كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها فالمهر له لانها ام ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بانها ام ولد للاول سقط عنه نصف مهرها لان نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الاول فسخ الكتابة أو له ان كان فسخ وإن كان الاول معسراً فنصيبه منها ام ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما اذا عجزت او أدت قد تقدم فاما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الاول كالحكم فيه اذا وطىء منفرداً فلم يحبلها

وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولد له وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقياً عليهما وإن كان الثاني معسراً فالحكم فيه كالو ولدت من الاول وكان معسرا لافضل بين المسئلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فانه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم مالو عرف انه منه بغير قافة

جميع قيمة الولد فاقرله بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه وأما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعانه فان مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته فاذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر أولا لم يعتق منها شيء فاذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر ان يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

(فصل) فان وطئاها معا فأتت بولد لم تخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) ان لا يمكن ان يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منفياً عنهما مملوكا لها حكمه حكم امه في العتق بادائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما لان دعوى الاستبراء في الامة كاللعان في الحرة

(القسم الثاني) ان يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ماذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك فاما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان الثاني فقد وطء ام ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا وان كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للاول تقاصا بقدر أقل الحقين وان كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الاول كالحكم فيه اذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها ام ولد للاول فعليه مهر مثلها فان كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها فالمهر له لانها ام ولده وان

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كاتب نصف عبد فادى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة ان كان الذي كاتبه معسراً وإن كان موسراً عتق عليه كله وصار نصف قيمته على الذي كاتبه لشريكه)

وجملته ان الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن هذا ظاهر كلام الخرقي وابي بكر وقول الحكم وابن ابي ليلى ، وحكي ذلك عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعنبري وكره الثوري وحماد كتابته بغير اذن شريكه

وقال الثوري ان فعل رددته إلا ان يكون نقده فيضمن لشريكه نصف مافي يده ، وقال ابو حنيفة تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه وهذا أحد قولي الشافعي إلا ان أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى في ذلك يقتضي الاذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الآذن بشيء منه، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعي في أحد قوليه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وإن كان باقيه مالكا لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك ام لم ياذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملك نصفه

كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الأول فسخ الكتابة أوله ان فسخ وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما اذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه اذا وطىء منفرداً ولم يحبلها، وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخ الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولد له وان رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقيا عليهما وان كان الثاني معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الاول وكان معسراً لافصل بين المسئلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن الحقوه به منهما فمن الحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

﴿مسئلة﴾ (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)

وممن قال يجوز بيع المكاتب عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من قال لايجوز وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فمنع بيعه كبيعه

يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولانه اذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه

ولنا انه عقد معاوضة على نصفه فصح كبيعه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقين

وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه انما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر وأما الكسب فان هايأه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايئه فكسب بجملته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فاشبه مالو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم انه يفضي الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على اننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ،

لاجنبي وعتقه، وقال الزهري وابو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكي ذلك عن ابي يوسف لان بريرة انما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه

ولنا ماروى عروة عن عائشة انها قالت جاءت بريرة الي فقالت ياعائشة اني كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها ارجعي إلى أهلك ان أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال « اما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة لم ينكر ذلك ففي ذلك ابين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلا على عجزها وتاوله الشافعي على انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج الى دليل في غاية القوة وليس في الخبر مايدل عليه بل قولها اعينيني على كتابتي دليل على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول

ولانه لايعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لاغير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لابالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق .

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيبه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضي ان يكون معروفا في الكتابة هذا إذا كان الكسب بجميعه فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من عوض وذلك لايحصل بدفع ماليس له وان أدى اليهما جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائره وان كان الذي كاتبه موسراً لان عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق ، فأما ان ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب مثل ان هايأه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو اعطي من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه

نجمين او بمضي عام عند الآخرين والظاهر ان شراء عائشة لها كان في اول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حريتها مستقر على وجه لايمكن فسخه بحال فأشبه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا قال ابن أبي موسى هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما كان عليه ؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » ولان مولاته لايلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك مايؤدي لقول النبي ﷺ « إذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه يدل بمفهومه على أنها لاتحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط الحجاب عنه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ولانه يرجع عند العجز الى كونه قنا ولو صار حراً ماعاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد انما هو اسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع للمشترى بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه .

(فصل) ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب .

وجملة ذلك أن الكتابة لاتنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها لانه في هذا خلافا قال ابن المنذر

الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فلدفع ذلك كله في كتابته لانه مااستحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكه منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته عتق فاذا كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق الاعلى الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

(فصل) وإذا كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه جاز قاله أبو بكر لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه اذا سرى العتق فيه الى ملك غيره فالى ملكه اولى ويجب ان يؤدي الى سيده مثلي كتابته لان نصف مايكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدى في الكتابة الا ان يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان في عقد واحد أو عقدين وبهذا قال أبو حنيفة

وقال الشافعي لايجوز ان يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولان التساوي في المال منع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي الى ان ينتفع احدهما بمال الآخر لانه اذا دفع الى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

ولنا ان كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز ان يختلفا في العوض كالبيع وماذكروه

أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤديا مايجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالاجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على مابقي من كتابته يؤدي الى المشتري ما كان يؤدي إلى البائع

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدى عتق وولاؤه له وان عجز عاد قنا له ، وإن لم يعلم انه مكاتب فله الرد والارش)

إذا أدى الى المشتري عتق لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري هو المعتق وولاؤه له لقول رسول الله ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » وقد دل عليه حديث بريرة لانه جعل ولاءها لعائشة حين اشترتها وأعتقتها وان عجز عاد قنا له لانه صار سيده فقام مقام المكاتب وان لم يعلم انه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لايقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة فملك الفسخ كشراء الامة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الامساك مع الارش على ماذكرنا في البيع .

لا يلزم لان انتفاع احدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن احدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب احدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الاول خمسون

وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتهما واحداً فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على ان أصحابنا قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر مادام مكاتبا فعلى هذا القول لا يفضي الى ماذكروه على انه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ولاضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضي به حين كاتبه على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو ابرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز ولا يجوز ان يختلفا

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهي النبي ﷺ عن بيع مالم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه وان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان

(احدهما) يعتق لان البيع يضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسداً فلم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه ولو صرح بالاذن لم يكن مستنيباً له في القبض وانما اذنه في القبض بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء برئ المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالنائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما

في التنجيم ولا في ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الاخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز ان يؤدي اليهما الاعلى السواء ولا يجوز تقديم احدهما بالاداء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى فيهما يفضي الى ذلك

(والثاني) يجوز لانه يمكن ان يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له احدهما في الدفع الى الآخر قبله او أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه او يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه واذا امكن افضاء العقد الى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الافضاء اليه .

(فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى احدهما أكثر من الآخر ولا يقدم احدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب ابي حنيفة والشافعي ولا اعلم فيه خلافا لانهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص احدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع احدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض احدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر ان يأخذ من حصته اذا لم يكن اذن في القبض وان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما ابو بكر (احدهما) يصح لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو اذن المرتهن للراهن في التصرف فيه او اذن البائع للمشتري في قبض المبيع قبل توفية ثمنه او

دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح تسليمه لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبه مالو أخذه من ماله بغير اذنه وان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعه ماأخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ماقبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصا وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز

(فصل) وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعهما صح لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع احدهما الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

(احدهما) انه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على احدى الروايتين (والثاني) ان الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى مملوكه فلم يجز التفريق بينهما وعلى الرواية الاخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لانه محل للبيع صدر فيه التصرف من اهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنايته ويعتق بعتقه كما لو بيع مع والده

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالاجنبي ولذلك جاز دفع زكاته

اذنا للمكاتب في التبرع ولانهما لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لايجوز وهذا اختيار ابي بكر ومذهب ابي حنيفة واحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته الاول اصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لايخرج عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم انه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المانع نصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه إذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه هذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتبا مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له ومافي يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ماقبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ماعتق بالكتابة للعبد وحصة ماعتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فان ادى الى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه

اليه فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاؤا قليلا كان او كثيراً وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد او لاثنين)

لاخلاف في ان المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ماذكرنا في الصحيح من المذهب فاذا اشترى احدهما الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لاثنين فان عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكه وليس للملوك أن يملك مالكه لانه يفضي إلى تناقض الاحكام اذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه الي وان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الى ان تكون رقيقاً وهذا تناقض واذا تناقض بتلك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فههنا أولى ولانه لو صح هذا لتقاصا الدينين اذا تساويا وعتقا جميعاً

إذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع منهما باق على كتابته فان ادى عتق وولاؤه موقوف فان ادى سيده كتابته كان الولاء له لانه عتق بادائه اليه وان عجز فولاؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولان السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول ابي بكر ان الولاء

فهوله وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى اليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه وان مات فقدمات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذمماخلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لايصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لوقبضه بغير اذنه سواء وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبدا ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما اخذه صاحبه والباقي بينهما قال احمد في رواية بن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فادى الى احدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال احمد كلما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما اخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور وقال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) وان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فان فسخا جميعا او امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وامضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقا قنا ونصفه مكاتبا وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق باذن سيده او كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم باذن السيد فيحصل الانعام عنه باذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء مالم يعجز سيده

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعلم السابق منهما فسد البيعان)

وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي انه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضي هذا ان يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا يحتاج الى الفسخ لان النكاح انما احتيج فيه الى الفسخ من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحاً صحيحاً لواحد منهما يقيناً فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ

﴿مسئلة﴾ (وان اسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده اخذه بما اشتراه والا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه له)

إذا اسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ في الغنائم فعلم بحاله أو ادركه سيده قبل قسمه اخذه بغير شيء وهو على كتابته كن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه او من المشركين واخرجه الى سيده

وانا انها كتابة في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته ولانهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وماحصل من النقص لايمنع لانه انما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كاعتاق الشريك ولان من أصلنا انه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان يبطل في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ باولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه في ملكه (والثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى (الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لايتعداه ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

فان السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية اخرى انه اذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيده ان اخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وان تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيده

وقال ابو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة والشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ما ادركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار ؟ على وجهين

(احدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيده فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الاسر وتلغى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كمرضه ولانه مدين مضت مدة من اجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده بما ذكرناه فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته به وان حل ما يجوز تعجيزه بترك ادائه فلسيده تعجيزه ورده الى الرق وهل له ذلك بنفسه او بحكم الحاكم؟ فيه وجهان

(مسئلة) قال (واذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولا ثم زكاه ان كان نصابا)

وجملته إن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه فاذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق فاذا تم الحول وجبت الزكاة ان كان نصابا وان لم يكن نصابا فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصابا فانه يستقبل به حولا من حين أسلم لانه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده

(مسئلة) قال (واذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبدا غير مكاتب)

وجملته ان الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم لانه ثبت في العقد مؤجلا واذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه لانه دين له حل فأشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الاداء او عاجزاً عنه لانه حق له سمح بتأخيره أشبه دينه على الاجنبي فان اختار الصبر

(احدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال في وقته اشبه ما لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وأداؤه في مدة قريبة كان لسيده الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر اداؤه وفي كلا الحالتين يجوز الفسخ (والثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان ادى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب وادعى ان له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه اداؤه لانه اذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) (قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده او اجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة وقال ابو بكر يتحاصان)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جناية موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنايته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري اذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول الا ان يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ «لا يجني جان الا على نفسه» ولانها جناية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن

عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم او نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لاتنفسخ ماداما ثابتين على العقد الاول فان اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لان الدين الحال لايتأجل بالتأجيل كالقرض وان حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستتابة فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى لايكون عجزه إلا عند قاض وحكي نحو هذا عن مالك وقال الحسن إذا عجز استؤني بعد العجز سنتين وقال الاوزاعي شهرين ونحو ذلك

ولنا ماروى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق. باسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين الفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال اني قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين الفاً فقال له أنا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح أنت، وروى سعيد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن

اذا ثبت هذا فانه يبدأ باداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم او لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولا آخر ان السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحاصان قياساً على سائر الديون

ولنا ان ارش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب ان تقدم ههنا. يحققه ان ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره اولى. اذا ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او ارش جنايته لانه ان كان ارش الجناية أقل فلا يلزمه اكثر من موجب جنايته وهو ارشها وان كان أكثر لم يكن عليه اكثر من قيمته لانه لا يلزمه اكثر من بذل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بارش الجناية والا باع الحاكم منه بما يفي من ارشها وباقيه باق على كتابته وان اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبداً قناً مشتركا بين السيد والمشتري وان أبقاه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه ان كان المكاتب موسرا ويقوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته

عوضه فملك منستحقه فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه ولانه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال وانما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما كان له ذلك لوجهين (أحدهما) ان الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بالصفة ولا يجبر عليها (الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان العقد لازماً لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفل له أو رهن عنده رهناً

(فصل) فاما ان حل نجم واحد فعجز عن ادائه فظاهر كلام الخرقي انه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهي إحدى الروايتين عن احمد قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح

وقال ابن ابي موسى: وروي عن احمد انه لا يعود رقيقاً حتى يقول قد عجزت وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي

(والرواية الثانية) انه اذا عجز عن نجم واحد فلسيده فسخ الكتابة وهو قول الحارث العكلي

(فصل) وان بدأ بدفع المال الى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويتجه الحاكم ويسلمه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى السيد لانه يقضي حقاً عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة عتق

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه فداء نفسه ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الامرين من قيمته او ارش جنايته)

لانه لا يلزم اكثر مما كان واجباً عليه بالجناية فان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

﴿ مسئلة ﴾ (وان عجز فلسيده تعجيزه ويفديه أيضاً بما ذكرناه وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يفديه بارش الجناية بالغة ما بلغت)

لانه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باعتاقه

(فصل) فان كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص فلسيده القصاص كما يجب على عبده القن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده

وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال لايرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان ولان مابين النجمين محل لاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني

(فصل) واذا حل النجم وماله حاضر عنده طولب بادائه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لايجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لاتقصر فيها الصلاة يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر مايأتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لاضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي

وقال ابو حنيفة إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا أزيده على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة وأقرب لما بينا. فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما اذا كان قادراً على الاداء واجدا لما يؤديه فامتنع من ادائه وقال قد عجزت

وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين كالجناية على الاجنبي وعنه يفديه بارش الجناية كله فان وفى ما في يده بما عليه فلسيده مطالبته به وان لم يف به فلسيده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية وعاد عبداً قناً ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه متعلق برقبته وقد أتلفها وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقا بالذمة ومافي يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب أقل الامرين أو ارش الجناية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر لايعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة.

ولنا ان الحقين جميعا للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما ولانه لو بدأ باداء مال الكتابة في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولان أرش الجناية لايلزم أداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه إذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما

فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الاداء وهذا مذهب الشافعي

وقال ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول ابي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكرنا هذا فيما تقدم فاما ان كان قادراً على اداء المال كله ففيه رواية أخرى انه يصير حراً بملك مايؤدي وقد سبق ذكرها

(فصل) واذا حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن له أن يفسخ لانه إذن في السفر المانع من الاداء ولكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده فان كان عاجزاً عن اداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره عن حال الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ فان وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع

إذا اعتقه سيده فانه اتلف محل حقه بخلاف هذا وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم والعبد لو عاد قنا كان لهم وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وان جنى المكاتب جنايات تعلقت برد رقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني ان كانت موجبة للمال لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حل كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين فان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فان ابرأه بعضهم استوفى الباقون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا ابرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون الميت فان ادى وعتق فالضمان عليه وان اعتقه سيده فعليه الضمان وأيهما ضمن فالواجب عليه اقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده وعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداه باقل الامرين كما لو أعتقه او قتله

المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالته وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل أو كذبه وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

(فصل) قال واذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن وإلا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فان بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان كان قد رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه للمعيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امساكه وأخذ أرش العيب أورده فله ذلك قال ابو بكر وقياس قول احمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع

وفيه رواية اخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لان المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق يمكن تسليمه وبيعه وقد ذكرناه فان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو اعتقه فبما تفدى به نفسه وجهان بناء على ما اذا عجزه سيده والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وان لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق)

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أداؤها ويبدأ بايها شاء كالحر وان لم يف بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير اذن سيده كالهبة وان كان باذن سيده جاز كالهبة وان كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم فلا يستوفى بغير اذنهم وان سأله سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله واذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على ارش الجناية ومال الكتابة لان ارش الجناية محله الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق انما استقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب ان يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين ان العتق لم يقع ولاننا تبينا ان ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لايوقعه إذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً،وإن تلفت العين عند السيد او حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ماذكرناه فيما مضى،ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أومستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيته ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء،ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى

(مسئلة) قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا)

وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته كالاستفاده بكسب اوغيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لانه

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن اصحابنا والشافعي اتفقوا على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة فيما مضى واذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقية الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لانه صار حراً فهو كالاحرار ولان المداين رضي بذمته حين أدانه فكان له مارضي به كالحر .

(فصل) واذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجني عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أوكانت الجناية خطأ أوشبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها برقبته والمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه باكثر من قيمته كما لا يجوز له ان يشتريه بذلك الا ان يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزائد وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه او يفديه باقل الامرين؟على روايتين :

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أوبعض ذوي رحمه المحرم أوولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق ارشها برقبته فللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده .

وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لماله فان ذوي رحمه ليسوا بمال له ولايتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولا شراؤهم كالتبرع ويفارق

لا يملك ما في يد مكاتبه ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لان ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته فان عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته ان كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنايته على سيده قال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولانها جناية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن. إذا ثبت هذا فانه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل وهذا المنصوص عليه عن احمد والمعمول به في المذهب وذكر ابو بكر قولا آخر ان السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحاصان كسائر الديون

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك

العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشراؤه كسائر أمواله ولكن ان كان لهذا الجاني كسب فدي منه وان لم يكن له كسب بيع في الجناية ان استغرقت قيمته وان لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب .

ولنا انه عبد له حي فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا الا ان كسبه له فان عجز المكاتب صار رقيقاً معه لسيده وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب ان لا يمنع منه وفارق التبرع فانه يفوت المال على السيد فان قيل فيه ضرر وهو منعه من اداء الكتابة فانه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل مالو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فانه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من أتمام الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(احدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعالهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

وحق المرتهن وغيرهما فوجب ان يقدم ههنا يحققه ان أرش جنايته مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة. اذا ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او أرش جنايته لانه ان كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية والا باع الحاكم منه بما بقي من ارش الجناية وباقيه باق على كتابته وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركا بين السيد وبين المشتري. فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحكم فيه على ماذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضي حقا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ثم ان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبها القصاص فقال أبو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل، وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يقتص أفضى الى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في ارش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك. وقال اصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه.

ولنا أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه

(فصل) فان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله ان يقتص فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته قال القاضي ولا نعلم موضعا يقتص فيه المملوك من مالكه غير هذا الموضع

عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية وان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله وان عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضا بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين (احداهما) يفديه باقل الامرين (والثانية) يفديه بارش جنايته بالغة ما بلغت

(فصل) واذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فان أبرأه بعضهم استوفى الباقون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما في الوصايا وان أدى وعتق فالضمان عليه وان أعتقه سيده فالضمان عليه وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه ففيه روايتان:

(فصل) وان جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبة تستحق المهر في النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو (الثالث) ان السيد أخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز ان يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) ان يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) انه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الأرش اذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنايات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فسرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله فان اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان ان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم وان كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه فان اتفقا على ان يجعل احدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

(احداهما) يفديه بأقل الامرين كما لو أعتقه أوقتله (والثانية) يلزمه ارش الجنايات كلها بالغة ما بلغت لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب بأ كثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيار امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق مااذا اعتقه اوقتله لان المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب اكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه وان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان : (إحداهما) يفدي نفسه باقل الامرين (والثاني) بارش الجنايات بالغة مابلغت لان محل الارش قائم غير تالف ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبه مالوعجزه سيده

(فصل) وان جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فلسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده وان عفا على مال أوكانت موجبة المال ابتداء وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح ان يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين في احدى الروايتين والاخرى يفديها بأرش الجناية بالغة مابلغت فان وفى مافي يده بما عليه للسيد مطالبته به وأخذه وان لم يف به فلسيده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية لانه عاد عبداً

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص لانه لا يقتل بالعبد فان سرى الجرح الى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيده وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت ديته لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئاً لان القاتل لايرث ويكون لبيت المال ان لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضاً لورثته

(الحال الثالث) اذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس كقطع يده فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما ان المريض يقتص ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد وان قلنا موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس لسيده مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لانه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال لانه لا يملك التبرع بغير إذن سيده وان صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته

قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه كان متعلقا برقبته وقد أتلفها فسقط وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقا بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب اقل الامرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال ابو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل ارش الجناية في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى، ولان ارش الجناية لا يلزم اداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الاداء عليه فإذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ماعليه بخلاف ما اذا أعتقه سيده فانه أتلف محل حقه وههنا بخلافه وهل يلزمه أقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين

وإن كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد أو العفو على مال وفي الخطأ المال وفيما يفدي به نفسه روايتان وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم

انفسخت الكتابة وسقط أرش الجنايات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي قال أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الاول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والثانية) انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والحسن ابن صالح لانه دين حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال ان الدين يحل بالموت ان يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد حل بالموت والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت ان شريحاً قضى ان مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد اخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبة

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وهي عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك احدهما فسخها

والعبد لو عاد قناً لكان لهم ، وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وإن اجتمع على المكاتب ارش جناية وثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مال يفي بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر وإن لم يفي بها مافي يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير اذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير اذن سيده كالهبة وان كان بإذن سيده جاز كالهبة وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم ولا يستوفى بغير اذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله فاذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على ارش الجناية ومال الكتابة لان ارش الجناية محل الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته وهذا مذهب الشافعي واتفق أصحابنا والشافعي على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة على مامضى بيانه

(فصل) واذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجني عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها

وجملة ذلك ان الكتابة عقد لازم من الطرفين لانها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لان الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة ان الحظ لعبده فلا معنى للخيار ولا يملك احدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه ان العبد يملك ذلك وسنذكره ولايجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بموت السيد لانعلم في ذلك خلافاً ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه لانه عقد لازم أشبه البيع)

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتق بالاداء الى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالاداء الى الورثة)

لانه انتقل اليهم مع بقاء الكتابة فهو كالاداء الى موروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه فاذا كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائباً وله وكيل دفع نصيبه الى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق وان كان موليا عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه

برقبته والمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لايجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الامرين؟ على روايتين

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجني جناية تعلق ارشها برقبته والمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده

وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لماله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولان شراءهم كالتبرع ويفارق العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الاموال لكن إن كان لهذا الجاني كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجناية ان استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب

ولنا انه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له ، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيده وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه

وانفرد فان إذن بعضهم في الاداء إلى الآخر وكان الذي اذن رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري الى نصيب شريكه ان كان معسراً ويسري اليه ان كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لايسري عتقه وان كان موسراً وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق إلا باداء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فاشبه ما لو اداه الى السيد فان ابرأوه من مال الكتابة برئ منه وعتق وان ابرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من ابرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه انه ابرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سراية عتقه انه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فان قيل في السراية اضرار بالشركاء لانه قد يعجز فيرد الى الرق قلنا اذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

يفوت المال على السيد فان قيل بل فيه مضرة وهو منعه من اداء الكتابة فانه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لايمنع المكاتب منه بدليل مالو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فانه لايمنع منه ولا يجبر على كسب ولا اداء فكذلك لايمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجباً عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(أحدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لايمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لايجب للسيد على عبده مال وان كان موجبها قصاصاً فقال ابو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وقال القاضي له القصاص لأنه من مصلحة ملكه فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لايثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم

(فصل) وإذا عتق بالأداء الى الورثة فولاؤه لسيده في احدى الروايتين وهو اختيار الخرقي يختص به عصباته دون اصحاب الفروض وهذا قول اكثر الفقهاء واختاره ابو بكر ونقله إسحاق ابن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعضهم لاولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن والذي يغلب علي انهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهري لان المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل انهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولانه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري ووجه الأول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ولان الورثة إنما ينتقل اليهم مابقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق بن وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويلي على موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لاينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء

(فصل) وان أعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتق

يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لايملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالاجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه

(فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله أن يقتص ان كان فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته قال ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع

(فصل) وإذا جني على المكاتب فيما دون النفس فارش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبة تستحق المهر في النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو (والثالث) ان السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبة فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ثم لايخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لمعنيين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد

بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ماأعتقه للخبر ولانه منعم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقال القاضي ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدي الى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهام سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لأن الابراء جرى مجرى أداء ماعليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه مالو أعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ماذكرنا من الخلاف

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لانهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبقى على مابقي من كتابته ان عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وان أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي نقول إن ولاءه للورثة إذا أدى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل أن لايصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد ان اعتق بالكتابة ، لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ماباعه

(والثاني) أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنايات ولانه قبل الاندمال لا نؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فإذا ثبت هذا فانه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة او كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبيا حراً فلا قصاص أيضاً لان الحر لا يقتل بالعبد ولكن ينظر ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيده وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت ديته لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد او غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضاً

السيد ، لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

(فصل) اذا وصى السيد بمال الكتابة صح فان سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان ابرأه من المال عتق لانه برىء من مال الكتابة فأشبه مالو ادى وان أعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته وانما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبداً للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيزه الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبداً لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان أبرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره فان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين إلى الوصي دونه وان وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فان كان انما وصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لان له منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(الحال الثالث) اذا كان الجاني عبداً او مكاتباً فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أو الى غير مال انبنى ذلك على الروايتين في موجب العمد ان قلنا موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس للسيد مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك السيد اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لانه لما سقط القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال لانه لا يملك التبرع به بغير اذن سيده وإن صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) واذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك مايؤدى في كتابته انفسخت كتابته وسقط ارش الجنايات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت. ويستوفي دينه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي

قال احمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وإن كان قد ملك مايؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك مايؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما انه لايعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ماذكرنا في الحال الاول وهذا قول زيد

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً فادعى العبد ان سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة لان الحق لهما وان انكراه وكانت له بينة ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليهما وان عجز فلهما رده الى الرق وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فان لم تكن له بينة فالقول قولهما مع ايمانهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون ايمانهما على نفي العلم لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وإن نكلا قضي عليهما أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قناً فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لايجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين وان لم يكن عدلا او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة مياومة او مشاهرة أو كيفما كان جاز فان طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر اجبر عليها في ظاهر كلام احمد وهو قول أبي حنيفة ، لان

ابن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والرواية الثانية) أنه اذا ملك مايؤدي فقد صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه

وروي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن ابي ليلى والثوري والحسن بن صالح لانه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال ان الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حالا والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن احمد

وقد روى سعيد في سننه حدثنا هشيم انا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت ان شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء ؟ فقال سعيد أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كاتبه ثم دبره فادا أدى صار حراً وان مات السيد قبل الاداء عتق بالتدبير ان حمل الثلث ما بقي من كتابته والا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي)

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لانعلم فيه خلافا لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك اعتاقه

المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالاعيان ويحتمل ان لايجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب مناصفة او مهايأة جاز فان لم يف بأداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد اخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ابينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المدعي يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان ادى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم ينسب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لانه قد قبض من العبد مثل ماقبض فقد حصل اداء مال الكتابة اليهما فعتق كله بذلك وولاء النصف للمقر لان أخاه لايدعيه والمقر يدعي انه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصيبي من الولاء وقال أصحاب الشافعي في ذلك وجهان

(أحدهما) كقولنا (والثاني) ان الولاء بين الابنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث

وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه فمتى هذا ان أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويبطل التدبير للغنى عنه وما في يده له وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فاذا مات السيد عتق ان خرج من الثلث وما في يده لسيده وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وإن مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق لان مال الكتابة عوض عنه فاذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبق الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

وقال أصحابنا اذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيده كما لو بطلت الكتابة بعجزه لانه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيده كغير المكاتب والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لانه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأه سيده يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ولم يحدث ما يزيله وانما الحادث مزيل لملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالاداء

(فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وقد ذكرنا فيه اختلافا فيما مضى فان قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء

قال شيخنا والصحيح ماقلناه لما ذكرنا ولا يمتنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لابيه على انسان وأنكره الاخر فان المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون اخيه وان كان يرثه عن الاب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً فخلف أحدهما مع الشاهد وأبى الاخر فان اعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً هذا قول الخرقي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أعتق شركا له في عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطى شركاؤه حصصهم» ولانه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى الى باقيه كغير المكاتب

وقال ابو بكر والقاضي لا يعتق الا حصته لانه ان كان المعتق المقر فهو منفذ وان كان المنكر لم يسر الى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سراية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه انه يجوز له الفسخ اذا عجز عن نجم واحد وهو قول الحارث العكلي وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه

يعجز عنه وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه مايؤديه لم يصح قوله لانه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وان كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق واذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له ان لم تكن كتابته فسخت لان العجز لاتنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل باول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا ان تبطل كتابته ويكون مابيده لورثة سيده

(فصل) وإذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الاقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل ان يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث ولوكان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ماأدي منها وانما اعتبرنا الاقل لان قيمته ان كانت أقل فهي قيمة ماأتلف بالاعتاق ومال الكتابة مااستقر عليه فان للعبد اسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وان كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بادائه ولايستحق السيدعليه سواه وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه ، وان كان كل واحد منهما لايخرج من الثلث مثل ان يكون ماله سوى المكاتب

عتقه لانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير ولانه تعذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع سلعة فافلس المشتري قبل نقد ثمنها (والرواية الثانية) ان السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهوظاهر كلام الخرقي قال القاضي وهوظاهر كلام اصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يرد المكاتب في الرق حتي يتوالى عليه نجمان ولان مابين النجمين محل الاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني (والرواية الثالثة) أنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت رواها عنه ابن ابي موسى وروي عنه أنه اذا أدى اكثر مال الكتابة لم يرد الى الرق واتبع بما بقي واذا قلنا للسيد الفسخ لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه لانه دين له حل فاشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الاداء أو عاجزا لانه حق له سمح بتأخيره أشبه الدين على الاجنبي فان اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه

قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان المكاتب اذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الاول وان اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لان الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وان اختار

قيمته مائة فاننا نضم الاول من قيمته أو مال كتابته الى ماله ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق والارق منه ثلثه

ويحتمل انه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فبقي ثلثه بخمسين فاداها أن يقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمئة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب ان يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربعه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فعلى هذا اذ كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مئة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية اتساع الخمسين وهو مثلا ما عتق منه فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم ان المكاتب لايعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا بالكتابة ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لايعتق الا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

السيد فسخ كتابته ورده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستئناء به ، فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه الا عند قاض ، وحكي نحوه عن مالك ، وقال الحسن اذا عجز استؤني بعد العجز سنتين ، وقال الاوزاعي شهرين

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على الف دينار وعجز عن مائة دينار فرده في الرق وباسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين الفاً فأدى عشرة آلاف ثم اتاه فقال اني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين الفاً فقال له انا عاجز فقال له امح كتابتك فقالي امح انت

وروى سعيد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن عوضه فملك فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها وانما له ان يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما جاز له ذلك لوجهين (أحدهما) أن الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتقه بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بها ولا الاجبار عليها

(فصل) وان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه اقل الامرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو ابرأه الا أنه يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وان لم يخرج الاقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة فان أداه عتق جميعه وان عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر انه يعتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء ولان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى والا عاد الباقي قنا، وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث وكذلك لو كان له مال غائب او دين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فانه ان كان أوصى له بالحاضر اخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهو كمسئلتنا ولم يكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أداء مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعي رضي الله عنه لان النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين

(الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده فكان لازما لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً او كفل له او رهن عنده رهنا

(فصل) واذا حل النجم على المكاتب وماله حاضر عنده طولب به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد او قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وامهل بقدر ما يأتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة امهل وان كان المال غائبا اكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان له مال حاضر او غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا ازيده على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما اذا كان قادرا على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال قد عجزت فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين يملك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وظاهر كلام

فان قيل : انقعد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل يثبت بشاهد ويمين في رواية. وان سلمنا انه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا انما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما ان الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله مع يمينه لانه منكر . وان قال العبد لي شاهد غائب أنظر ثلاثاً فان جاء به وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وان جاء بشاهد فجرح فقال لي شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وان أقر بذلك في مرض موته قبل لانه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد . وان قال استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى وان شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لان هذا الاستثناء لا مدخل له في الاقرار

قال احمد في رواية أبي طالب إذا قال له علي الف ان شاء الله كان مقراً بها . ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على

الخرقي وهذا مذهب الشافعي وقال ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية اخرى أنه إذا قدر على اداء المال كله أنه يصير حرا بملك مايؤدي وقد ذكرناها

(فصل) فان حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان غاب باذنه لم يكن له ان يفسخ لانه اذن في السفر المانع من الاداء لكن يرفع الامر الى الحاكم ليجعل للسيد فسخ الكتابة وان كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج الى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج الا معها لم يجز الفسخ وان اخره مع الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وان كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد فان لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن ان يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل او كذبه فان كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

صفة لا يتغير عنها بالشرط وانما يدل الشرط فيه على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قال استوفيت آخر كتابتي وقال انما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ماقبله، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده

(فصل) إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برىء منه وكان على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم . أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة لانه ابرأه مما لا يجب له عليه إلا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي ابرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنيته وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم انهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته ان المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار او جماع في نهار رمضان او قتل او كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المعسر بدليل انه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله اخذ

﴿مسئلة﴾ (وليس للعبد فسخها بحال)

لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه وان كان له فيه حظ وعنه له ذلك لان العقد لحظه فلك فسخه كالمرتهن له فسخ الرهن دون الراهن وان اتفق هو والسيد على فسخها جاز لان الحق لهما فجاز باتفاقهما كفسخ البيع والاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز وبه قال ابو حنيفة لانها لا ترثه وانما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو ابرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً قلنا انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نصيبها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده ولا يعتق بموته فوجب ان ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن ، وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لانها اذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا يتجزء فان كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها

الزكاة لحاجته . وكفارة العبد والمعسر الصيام . وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ويجوز له التبرع باذن سيده ولان المنع لحقه وقد اذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال اذا اذن فيه السيد لان عليه ضرراً فيه لما يفضي اليه من تفويت حريته كما ان التبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى اذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة سواء ملكه سيده او لم يملكه وسواء اذن فيه او لم يأذن لانه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح وان قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالطعام إذا اذن فيه وان اذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح ان هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا اذن له سيده فيه صح كالتبرع

(مسئلة) قال (وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعتقها)

وجملته أنه يصح مكاتبة الامة كما تصح مكاتبة العبد لا خلاف بين اهل العلم فيه وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التكسب والاداء فهي كالعبد وإذا أتت

باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو بعضها انفسخ نكاحه لذلك

﴿مسئلة﴾ (ويجب على السيد ان يؤتيه ربع مال الكتابة ان شاء وضعه عنه وان شاء قبضه ثم دفعه اليه)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه

(الفصل الاول) انه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئا مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي واسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي الله عنه : ضعوا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً وتفارق الكتابة سائر العقود فان القصد بها رفق العبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فكذلك يجب ان يستحق العبد على السيد شيئاً فان قيل المراد بالايتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة والندب الى التصدق عليه وليس ذلك واجبا بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه؟ قلنا أما الأول فان علياً وابن عباس فسراه بما ذكرنا وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل

المكاتبة بولد من غير سيدها اما من نكاح أوغيره فهو تابع لها موقوف على عتقها فان عتقت بالاداء أوالابراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عادرقيقا

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها وقال أبو ثور وابن المنذر هو عبد قن لايتبع أمه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غيرلازمة من جهة العبد فلاتسري الى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لايجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع . إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هو لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ولانه بمنزلة جزء منها ولو جني على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها واذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها . يحققه أنه اذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في ارش الجناية عليه كما لايثبت له ذلك فيها، وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لوقتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما

الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقاً به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ باطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف» قال الترمذي هذا حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخرقي وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزي مايقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئا ولانه قد ثبت أن المكاتب لايعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب ان يعتق إذا ادى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وقد روي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أيضا أن يكون لامه لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها ولان اداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف فيه بمنزلة صرفه اليه إذ في عجزها رقه وفوات كسبه عليه وأما نفقته فعلى أمه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها وأما عتقه فانه يعتق باداءها أو ابرائها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وان ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا قنا الا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين وأن اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء وانما حصل عتقها بامر لا يتبعها فيه فاشبه ما لو لم تكن مكاتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فاذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه الى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من مال الكتابة والحكم فيما إذا اعتقت باستيلاد

ولنا ماروي أبو بكر باسناده عن علي عن النبي ﷺ (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) قال «ربع المكاتبة» وروي موقوفا عن علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب واعانته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) اذا ورد غير مقدر فيه فان السنة بينته وقدرته كالزكاة

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجزأ لان الآية تقتضيه، وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولانه ابلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله، وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالايتاء منه

ولنا انه لافرق في المعنى بين الايتاء منه والايتاء من غيره اذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء كالزكاة وغير المنصوص اذا كان في معناه الحق به ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل اللزوم لحصول الرفق به فان رضي المكاتب بها جاز

أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما اذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية مهنا لانه مملوك فصح عتقه كامه ولانه لو اعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضي وقد كان يجب ان لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه بتفويت كسبه عليها لانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تغليباً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لايصح لوجوه (أحدها) أن الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في اعتاقه لانه لايفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي ان لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) ان النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لايملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها . (الثالث) أن مطلق الضرر لايكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ثم هو ملغي بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة

(الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه واذا أتى المال عتق فيجب ايتاؤه حينئذ قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه فان ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية

﴿مسئلة﴾ (فان أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه)

وهو قول ابي بكر لانه يجب رده اليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه لانه عجز عن اداء حق هو له لا حق للسيد فيه فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال « اذا أصاب المكاتب حداً وميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروي عن عمر وعلي انه اذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي

(فصل) فأما ولد ولدها فان حكمه حكم أمه لان ولد المكاتب لايتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتسري الكتابة اليه لان السراية انما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلاتسري اليه بدليل أن ولد ام الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولان البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لان عليه إتباعها لانها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري الى ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من

وقال عبد الله بن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الخرقي انه لايعتق حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الاثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه ابو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولانه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى الى المقر وما أشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولان قول النبي ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع مايؤدي وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كن أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجبن من

مكاتب قال لا يجوز. وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه وعتقه

وقال الزهري وابو الزناد: يجوز بيعه برضاه ولا يجوز اذا لم يرض، وحكي ذلك عن ابي يوسف لأن بريرة انما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه.

ولنا ماروى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلي فقالت ياعائشة اني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فاعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها ارجعي إلى أهلك إن أحبوا ان أعطيهم ذلك جميعاً فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لايمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي انما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « مابال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ففي ذلك أبين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلا على عجزها وتأوله له الشافعي على

ما بقي عليه دينار ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وإن وجب رد البعض اليه كما لو قال اذا أديت إلي فانت حر ولله علي رد ربعها اليك فانه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)

مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالف فيصح في قول اكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه لا يصح لان العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة عوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وانما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لابي

انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة وليس في الخبر مايدل عليه بل قولها أعينيني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز انما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عندنا لآخرين والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته اذا عجز فافترقا

قال ابن ابي موسى وهل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما عليه؟ على روايتين ، ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وان مولاته لايلزمها ان تحتجب منه بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه » فيدل على انها لا تحتجب قبل ذلك

وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة انه قال : قالت لي ام سلمة يانبهان هل عندك ماتؤدي؟ قلت نعم فاخرجت الحجاب بيني وبينها وروت هذا الحديث، قال فقلت لا والله عندي ماأؤدي ولا أنا بمؤد وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند العجز إلى كونه قناً ولو صار حراً ماعاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق

عبدالله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

ولنا ان هذا عوض فيتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصاً وسيفا وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو تلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الاقرار فانه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذ امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ولا يحصل العتق إلا باداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان اديتم عتقتم فايهم أدى بحصته عتق وان ادوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وان قال لهم ان اديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ ايهم شاء بالمال وايهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبيه بحصتها

ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم باداء حصته كما لو اشتروا عبيداً وكما لو لم يقل لهم ان اديتم عتقتم على أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق باداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالاداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق وقوله ان

بالكلية وليس بعقد وانما هو اسقاط للملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه في معنى بيعه ، وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب فاذا أدى صار حرا وولاؤه لمشتريه فان لم بين البائع للمشتري انه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه سليما ومكاتبا)

وجملة ذلك ان الكتابة لاتنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ولا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه اذا كان ماضياً فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كاجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما لو كان عند البائع مبقى على مابقي عليه من كتابته ويؤدي الى المشتري كما كان يؤدي الى البائع فان عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده ، وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري

هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فان العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه مايخصه فافترقا اذا ثبت هذا فانه ان شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقين فسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه من مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال ان أديت الي الفا فانت حر ولان الضامن لايلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ولانه لايملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل ان الكتابة لاتفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك ان اعتق بعضهم وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لايعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

هو المعتق ولهذا قال النبي ﷺ لعائشة « ابتاعي واعتقي فانما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه واذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشتري الامة المزوجة او المعيبة فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً قنا فيقال كم قيمته مكاتباً وكم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فاذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور ، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع مالم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس للمشتري

(فصل) فان أدى احد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده فان كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وان علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضيا مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو اذن فيه صريحاً وان كان الاداء بعد ان عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وان اداه محتسباً بالرجوع عليه باذن المؤدى عنه رجع عليه لانه قرض وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه اداؤه بغير اذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وان كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على اداء مال الكتابة كسائر الديون وان عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه)

وهذا إذا ادوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمنا وقال الآخر بل ادينا على السواء فبقيت لنا على الاكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان (أحدهما) القول قول من يدعي

مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان (أحدهما) يعتق لان البيع تضمن الاذن في القبض فأشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه، ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالنائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعه ما أخذه بماله في ذمته و كان مما يجوز البيع فيه جاز اذا كان ما قبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز

(فصل) واذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعها في الكتابة فباعهما معاً صح لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

التسوية لان ايديهم على المال فيتساوون فيه (والثاني) قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لان الظاهر ان الانسان لا يؤدي الا ما عليه

(فصل) فان جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ولان ما لا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الاخر كالقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالمنفرد بعقده

(فصل) اذا شرط المكاتب في كتابته ان يوالي من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لا نعلم في بطلان الشرط خلافاً لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضيات اراد أهلها ان يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال « أما بعد

(أحدهما) أنه لايجوز التفريق بين الام وولدها في البيع الا بعد البلوغ في إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لامه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها ويحتمل أن يجوز ذلك اذا كان بالغاً لانه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم

(فصل) وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر قال أحمد الوصية به جائزة لانه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل اليه مقام مكاتبه في الاداء إليه وان عجز عاد اليه رقيقاً له قنا وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافي الوصية وان أدى فعتق في حياة الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي صحت الوصية اذا عجز في حياة الموصي وان عجز بعد موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قال ان عجزت بعد موتي فهو لك فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين

(فصل) وان وصى بكتابته لرجل صحت الوصية لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بمالا يملكه

فما بال اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط ءقضاء الله احق وشرط الله اوثق انما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ولان الولاء لايصح نقله بدليل ان النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « انما الولاء لمن اعتق » ولانه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط ان يوالي من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي تفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع

ولنا حديث بريرة فان أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال «انما الولاء لمن أعتق» ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لايمكن تصحيح العقد الا به وربما افضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فان قيل المراد بقوله عليه السلام « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) قلنا لا يصح لثلاثة وجوه (أحدها) أنه مخالف وضع اللفظ والاستعمال

(والثاني) ان أهل بريرة أبو هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه؟

في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته وللموصى له ان يستوفي المال عند حلوله وله ان يبرئ منه فاذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيده لانه المنعم عليه وإن عجز المكاتب فاراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له انظاره فالقول قول الوارث لان حق الموصى له في المال ما دام العقد قائماً وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرده في الرق وليس للموصى له ابطال حق الوارث من تعجيزه وان أراد الوارث انظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له لان الحق في التعجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وان وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لانها وصية بصفة فان عجل شيئا فهو للموصى له وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية.

(فصل) وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان فان أدى الى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ولو لم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولانه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت الوصية بالمال وان كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئا فهو له وان اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز

(الثالث) ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه ولان في بعض الالفاظ « لا يمنعنك هذا الشرط منها، ابتاعي واعتقي » وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفا لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وانه لا ينقل الولاء عن المعتق

(فصل) فان شرط السيد على المكاتب ان يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في مواريثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق واجاز اياس بن معاوية ان يشرط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين باسناده أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما ينفني شرطي منذ عشرين سنة؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) فان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وقال مالك والزهري لا يصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم: أن تخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل

قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ماينناه فيا تقدم وقياس هذه المسئلة انه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لان الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيا إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر

(فصل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لانه لا شيء في ذمته، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب صح لان الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة ففي الفاسدة أولى.

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالاجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيراً من أول نجومه او من آخرها وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلهم ان يضعوا أي نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أي نجم شئتم وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة لان اللفظ يتناول واحداً منها غير معين وان قال ضعوا عنه أي نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذي يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له وإن قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لانه أكبرها قدراً، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه

العتق ولانه شرط نفعاً معلوما أشبه مالو شرط عوضاً معلوما ولانسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) إذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لان السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز كتابة بعض عبده فاذا أدى عتق كله قاله ابو بكر)

لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالى ملكه أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته لان نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدى في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه)

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره وسواء أذن الشريك او لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرقي وأبي بكر وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعنبري وكره الثوري وحماد كتابته بغير إذن شريكه، وقال

فاذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فان كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وإن قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسة فالاوسط الثالث وإن كانت سبعة فالاوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجا وهي مختلفة القدار فبعضها مائة وبعضها مئتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المئتان فتعين الوصية فيه لانه أوسطها وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيا هو الى شهرين لانها أوسطها

وان اتفقت هذه المعاني الثلاثة في واحد تعينت الوصية فيه وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلهم وضع ماشاءوا منها وإن اختلف الورثة والمكاتب فيا اراد الموصي منها فالقول قول الورثة مع ايمانهم انهم لايعلمون ماأراد الموصي ثم التعيين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة احدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيا اذا وصى باوسط نجومه وان قال ضعوا عنه ماخف او قال مايثقل او مايكثر كان ذلك الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف

الثوري ان فعل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف مافي يده وقال ابوحنيفة يصح باذن الشريك ولا يصح بغير إذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أباحنيفة قال الاذن في ذلك اذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً ، وقال الشافعي في أحد قوليه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وان كان ملكا لم يصح سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في الكسب والسفر وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً فيستحق سيده نصفه ولانه اذا أدى عتق جميعه فيفضي الى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كبيعه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقين وقولهم إنه يقتضي المسافرة والكسب واخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه واخذه الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هايأه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وان لم يهايئه فكسب

الى جنب ماهو أخف منه كما قال أصحابنا فيما اذا وصى بمال عظيم او كثير او ثقيل او خفيف وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه وضع عنه النصف وادنى زيادة ، وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع وادنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها ، وان قال ضعوا عنه ماشاء فشاء وضع كل ماعليه وضع ماعليه لان وصيته تتناوله وان قال ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لان من للتبعيض فلا تتناول الجميع ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ماذكرناه

(مسألة) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أوذا رحمه من المحرم عليه نكاحه لم يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه فان عجز فهم عبيد لسيده)

الكلام في هذه المسألة في فصلين

(أحدهما) انه يصح أن يشتري من ذوي ارحامه من يعتق عليه بغير اذن سيده وهذا قول الثوري واسحاق واصحاب الرأي

وقال الشافعي لايصح لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله مايجوز له التصرف فيه في مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فان أذن له سيده فيه فمنهم من قال يجوز قولا واحداً وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه ومنهم من قال فيه قولان

بجملته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيديه وقولهم انه يفضي الى ان يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على اداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على انا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولانه لايعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولايمتنع هذا كالو اعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

﴿مسألة﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله ان كان الذي كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه)

وجملة ذلك ان احد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الحر الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء اذن الشريك في كتابته او لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له هذا إذا كان الكسب لجميعه فان ادي الكتابة من جميع كسبه لم

ولنا انه اشترى مملوكا لاضرر في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقاً لسيده ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالاجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولانه تحقق السبب وهو صدور التصرف من اهله في محله ولم يتحقق المانع لان ماذكروه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه

(الفصل الثاني) انهم لايعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلايقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم، لا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه. وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تعصيبية فأشبهوا الاجانب

ولنا أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لايملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كو الديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده فاذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مماليكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لايملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا

يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان ادى اليهما جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائره ان كان الذي كاتبه موسراً وتلزمه قيمة نصيب شريكه لان عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره بالعتق او علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها فأما ان ملك شيئاً بجزئه المكاتب كمن هاياه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه ولو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكه منه شيئاً واذا أدى جميع كتابته عتق فان كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما اذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر والقاضي لا يسري الى النصف المكاتب)

لانه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز ابطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ ، وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب

لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة او بادائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه وا كتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لايزول الا بالاداء او مايقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك ام ولده ، وقال ابو حنيفة في الولد خاصة ان جاء في بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا أنه عبد المكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ماتقدم

(فصل) وان وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه إذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله فلان يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم مالو اشتراه

(فصل) ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته والمكاتبة زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز

ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولاؤه كله له وأما الشافعي فلا يجوز كتابته الا باذن شريكه في أحد قوليه فان كاتبه باذن شريكه فأعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا أنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له اولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه فاذا نقل ولاءهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولاء لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء عن لم يغرم له عوضاً فلان ينقله بالعوض اولى فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وهذا بعرض الثبوت (الثاني) أن النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (الثالث) أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المعتق معسرا لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان ادى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقا قنا إلا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا

للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاينفسخ لان المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له التسري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبه العبد القن.

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وانما منع من التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك فاذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لانه أجنبي منه

(فصل) واذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاينفسخ النكاح لانها لاترثه وانما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نفسها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده لايعتق بموته فوجب أن ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لايجوز لها ابتداء نكاحه لاجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب المتق اليه وثبت الولاء له. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله او ترث نصيبها منه لانها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لايتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أوجزءا منه اوورثت شيئاً من العبد أو من بعد نكاحها وان كانت لاترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها او ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم

عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا اليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال «من اعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الخرقي والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كاتبا عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي اليهما إلا على التساوي)

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه او اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لايجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لانه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فاجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالاخذ فقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرقي في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله وقد أجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه منها أن يكون مكاتباً وقوله بيعوني من نفسي بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني مابقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون المال في يد العبد لاجنبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون رضي سادته ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع وما ذكروه لا يلزم لان انتفاع أحدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي فاذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في الاول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحدا فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر ما دام مكاتبا فلا يفضي الى ما ذكروه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم اليه باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق او أبرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيده وقد صح هذا فيها فكان ههنا وهذا الوجه اظهرها ان شاء الله تعالى لانه لايحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل واذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجه من ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض، وبهذا قال الخرقي فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر احدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب ان يكون بينهم ولان ما في يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما

وقياس المذهب أن لاتقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن انفسهما مغرما ومن شهد شهادة جر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة

(فصل) ولا يجوز ان يختلفا في التنجيم ولا ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الآخير أكثر من الاخر في أحد الوجهين لانه لايجوز ان يؤدي اليهما إلا على السواء ولايجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى يفضي إلى ذلك (والثاني) يجوز لانه يمكن ان يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن افضاء العقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الافضاء إليه

(فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى احدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا لانهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص احدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع احدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض احدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللاخر ان يأخذ منه حصته إذا لم يكن اذن في القبض فان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (احدهما) يصح لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو اذن المرتهن للراهن في التصرف فيه او اذن المشتري للبائع في قبض المبيع قبل أن يوفيه

غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفا على القبض وله مطالبته بنصيبه او مشاركة صاحبه فيما اخذ فان شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمني وأخذ مني مرتين وان اخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أولا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤاخذ باقراره فان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذا حلف الا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعي دفعها اليهما ، صدقاه عتق فان انكر او لم تكن بينة فالقول قولهما مع ايمانهما وان اقر احدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر واما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلا فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما والقول قول سيده مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما أعترف به وهو خمسة وعشرون لان ماقبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما، فان قيل فالمنكر ينكر

ثمنه أو اذنا للمكاتب في التبرع ولانهما لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لان مافي يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته والاول أصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لايخرج عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المانع فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه اذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه ان كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه وهذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقيا على الكتابة فان ادى الى الاخر عتق عليهما وولاؤه لهما

قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز ان يكون قد قبض فلم يعلم به واذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى احدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا ان كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض احدهما منه يرجع الآخر عليه كمسألتنا وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لايتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا يدفع شيئا منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه

اذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع احدهما على الآخر بما اخذ منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد عن اداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولاتسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم اني ماقبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئا فقد استحق نصفه بغير إذني

وما يبقى في يده من كسبه فهو له وان عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي ادى اليه وكان ولاؤه كله له وتنفسخ الكتابة في نصفه، وان مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ مما خلفه مثلما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء . وان قلنا لايصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير اذنه وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً ، وان مات العبد قبل استيفاء الاخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينهما قال أحمد في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فأدى الى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) فان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فان فسخا جميعاً أو امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وأمضى الاخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنا ونصفه مكاتبا وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين لان السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقا وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرئ وإذا قال انما دفعت الي حقي والى شريكي حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في انه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئا وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا أنكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وانما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (والثاني) أنه يدفع عن نفسه مغرما فان عجز العبد فلشريكه القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها، ويحتمل ان لا تقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم الي مثل ما سلم إليه فاذا كان أحدهما يدعي رق جميعه والآخر يدعي حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

ولنا أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الاخر كما لو انفرد بكتابته ولانهما عقدان مفردان فلم ينفسخ احدهما بفسخ الاخر كالبيع وما حصل من القبض لايمنع لانه إنما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان لا يبطله في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة (احدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه (الثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقوده من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى

(الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى الى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

(فصل) واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيده سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (احداهما) هو لسيده وهو قول

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت إلى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه والمرجوع عليه أن يحلفه، فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لانه وصل إلي كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لانه يعترف له بأداء ماعليه وبراءته منه وانما يزعم ان شريكه ظلمه ولا يرجع علي غير ظالمه فان رجع على العبد فله ان يأخذ منه الخمسين لانه يزعم انه ماقبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها الى المنكر أو كذبه لانه وان دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فان عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً الا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم لانه يعترف انه حر وأن هذا ظالمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الأداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف

أبي حنيفة وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس (والرواية الثانية) يؤخذ مابقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار ابو بكر والقاضي انه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لانه انما دفع اليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل

ووجه الرواية الاولى ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ماأخذه منه ولانه يأخذ لحاجته فلم يرد ماأخذه كالفقير والمسكين، وأما الغازي فإنه يأخذ لحاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه. فأما الغارم فان غرم لاصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا اليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسئلتنا لا يرده

(فصل) فأما ماأداه الى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق مافي يد المكاتب فان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وماتلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لان ماله تلف في يده اشبه مالو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل مالو وجده بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه مالو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحا ثم فضل عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول

ماقبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم.

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال السيد كاتبتك على ألفين وقال العبد على ألف فالقول قول السيد مع يمينه).

قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج ، وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق احمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكي عن أحمد رضي الله عنه رواية ثالثة ان القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه ».

ولنا انه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كالو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين

مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فحكمه فى رده واخذه حكم سيده في ذلك عند عجزه لانه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها، فان كان قد استدان ماأداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه مايحتاج اليه في ادائها

(فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه، فان قلنا لايصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن كان بعد حلوله ومعه مايؤديه لم يقبل قوله لانه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق واذا عتق بهذه الصفة كان مافى يده له إن لم تكن كتابته فسخت لان العجز لاتنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض اصحابنا أن كتابته تبطل ويكون مافي يده لورثة سيده

(فصل) اذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة

(أحدهما) أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه

(والثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه العبد وكسبه. فاذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع اليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا أن يرضي بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه ، فان كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلها وأخذ ذو الفضل فضله :

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وانكر السيد فالقول قول

المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدي منها وانما اعتبرنا الاقل لان قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما اتلف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فان للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه او يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه. وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فانا نضم الاقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ويحتمل انه اذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فبقي ثلثه بخمسين فأداها أن نقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن نزيد مايعتق منه لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربعه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فان كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة البعد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتا في ثلثيه ونصف تسعه

السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

(فصل) وان كاتب عبدين واستوفى من احدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه فان ادعى الآخر عليه انه أدى فعليه اليمين انه ماأدى اليه فان نكل عتق الآخر فان مات السيد قبل القرعة اقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم انه المؤدي فعليهم اليمين انهم لايعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدين بينة انه ادى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد او بعد موته فان كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر وان كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وانما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لايصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق يتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ماذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه سواء كان السيد أو ورثته الا انه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وان كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم الا ان يدعي الاداء اليهم فتكون ايمانهم على البت أيضاً وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم يدعي عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ماعتق منه . فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا الكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لايعتق إلا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

(فصل) فان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو أبرأه إلا انه لايحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وإن لم يخرج الاقل منهما من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ماعتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة فاذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء لان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى وإلا عاد الباقي قناً وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه اذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ماعتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فانه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه آخر غير سيده فقال سيده قد أدى الي وعتق فانجر ولاء ولده إلي فأنكر ذلك مولي أمهم و كان المكاتب حياً فقد صار حراً بهذا القول فانه اقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده اليه وان كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لان الاصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

(مسألة) قال (واذا أعتق الامة أو كاتبها وشرط ما في بطنها أو أعتق ما في بطنها دونها فله شرطه)

روي نحو هذا القول عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر ، وقال ابن سيرين له ما استثنى ، وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله استثناؤه

وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناؤه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها

ولنا قول ابن عمر وابي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة قال احمد أذهب الى حديث ابن عمر في العتق ولا اذهب اليه في البيع

وقد روى الاثرم باسناده عن ابن عمر انه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ولان النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط ما في بطن معتقته فكان له بمقتضى الخبر ولانه يصح اقراره

للموصى له ثلث الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهي كمسئلتنا ولم تكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أدائه

(فصل) قال الخرقي واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فأجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء ، اعترض على الخرقي في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع انه قد ذكر في باب العتق: اذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله. فأجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه: منها ان يكون مكاتباً وقوله بيعوني نفسي بهذه أي اعجل لكم الثلاثمائة وتضمون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون العبد لأجنبي قل له اشتر نفسك بها من غير ان يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيده وقد صح

بالعتق فصح استثناؤه واما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ويفارق البيع فانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض ام لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح افراده بالبيع ولان استثناءه في البيع اذا بطل بطل البيع كله وههنا اذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيهما؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فاذا عتق بعضها سرى الى المستثنى والولد حيوان منفرد لو اعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمه وفيما اذا وطىء بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الاعضاء ، ولان الولد يرث ويورث ويوصى به وله واذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما ان أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافا فيه

قال اسحاق بن منصور سئل سفيان عن رجل قال ما في بطنك حر قال هو حر والام مملوكة لان ولدها منها وليست هي من ولدها قال احمد واسحاق جيد

وقال مهنا سألت احمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاها

هذا فيها فكذا ههنا قال شيخنا وهذا الوجه أظهر ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجه عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقاً مشروطاً به ولهذا قال الخرقي وقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم اخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما شهدا للعبد باداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ويرجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم ولان ما في يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب ان يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس المذهب ان لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن أنفسهما ضرراً ومغرما ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على

مافي بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لاتعتق فاعدت عليه اقول مرة أخرى فقال لايكون شيء انما اراد مافي بطنها فلم يكن شيء . قال المروذي وسئل ابوعبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال جائز

﴿مسئلة﴾ قال (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجملته انه اذا كاتبه على ألف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى اضع عنك الباقي او حتى ابرئك من الباقي او قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وابو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي

وقال الشافعي لايجوز لان هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو ان يزيد في الدين لأجل الاجل وهذا أيضاً هبة ولان هذا لايجوز بين الاجانب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالاجانب

ولنا ان مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل انه لايجبر على ادائه وله ان يمتنع من ادائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه

القبض وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه بما أخذ فإن شاركها أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمني واخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة او لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤاخذ باقراره وان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق . إذا حلف الا ان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجران الى نفسهما بهذه الشهادة نفعا

(فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاه عتق وان أنكراه ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كانا عدلا فيحلف العبد مع شهادتها ويصير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما والقول قول السيد مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه

يسقط عنه بعض ماعليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط ماأوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وقولهم ان الربا يجري بينهما فنمنعه على ماذكر ابن ابي موسى وان سلمناه فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهذا يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين وربا الجاهلية يفضي الى نفاد مال المدين وتحمله من الدين مايعجز عن وفائه فيحبس من أجله ويؤسر به وهذا يفضي الى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على ألف في نجمين الى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحل عليه نجم فيقول أخرني به الى كذا وأزيدك كذا فيحتمل انه لايجوز لان الدين المؤجل الى وقت لايتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما ان الاجل لايتأخر كذلك لايتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى؟ قلنا انما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلا فانه إذا دفع اليه الدين

فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم رجع ههنا؟ قلنا ان كان الدين ثابتا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه رجع به الآخر عليه كمسئلتنا وعلى ان هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته حسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه . إذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين إستقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد باداء ما رجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقا ويرجع على الشريك بنصف ماأخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالما باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم أنه ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً استحق نصفه بغير اذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين والسراية انما تكون فيما اذا أعتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى احدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي فأنكر

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة إنك متى أديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي ان يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلاها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لايصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فان له الرجوع وكذلك في المسئلة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابه وتسقط عني منه كذا؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لايتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) فان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز الا أنه لايجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين، وان صالحه عن الدراهم بدنانير او عن الحنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس، وقال القاضي يحتمل أن لاتصح هذه المصالحة مطلقاً لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم وقال ابن أبي موسى لايجري

المدعى عليه حلف وبرىء فان قال انما دفعت الي حقي والى شريكي حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو اقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا انكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (الثاني) أنه يدفع عن نفسه مغرما فان عجز العبد فللغير القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يعتق حتى يسلم إلي مثل ما سلم اليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزأه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت الى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه ان يحلفه فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها

الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده والاولى ماذكرناه ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة فمفارقته لدين السلم أعظم والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حرا ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لاحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير اذن شريكه ويبقى سائره غير مكاتب فاذا فعل هذا فاعتق الذي لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون المرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على مابقي من كتابته لان الرجوع عليه بقيمة ما تلف وإنما أتلف مكاتباً وان كان المعتق معسراً لم يسر العتق على مامضى في باب العتق ، وقال ابوبكر والقاضي لايسري العتق في الحال لكن ينظر فان أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سري العتق وقوم عليه حينئذ لان سراية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى ينظر مايصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سري عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فاذا كاتبه باذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة

ويعتق المكاتب لانه وصل الى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لانه يعترف له باداء ما عليه وبراءته منه وانما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وان رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لانه يزعم أنه ما قبض شيئا من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه لانه وان دفعها فقد دفعها دفعا غير مبرئ فكان مفرطا ويعتق العبد بأدائها فان عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضا عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين الى شريكه فلا يقوم لانه يعترف أنه حر وان هذا ظالمه باسترقاق نصفه الحر وان أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها الى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق

عدل وهذا داخل في عمومه ولانه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسري إلى باقيه كما لو كان قنا ولان مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً فانه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا اذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت المستقر الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه فاذا نقل ولاءهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولاء لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضا فلان ينقله بالعوض أولى، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه (أحدها) ان الولاء ثم ثابت وههنا بعرض الثبوت (والثاني) ان النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (والثالث) أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وان كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا الا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه، ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة والله أعلم

(فصل) ونقل عن احمد رضي الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على الف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ثم ان أحدهما أعتق نصيبه قال ان كان للمعتق مال أدى الى شريكه نصف قيمة العبد لايحاسبه بها أحد لانه عبد ما بقي عليه درهم ولانه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق او يموت فيكون عنده مال فهو

نصفه؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه، وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه اذا استرق نصف العبد؟ قلنا لانه لو رجع بها لكان قابضا جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك الا ان يتعذر قبضها في نجومها فتنفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان اختلفا في الكتابة فالقول قول من ينكرها) لان الاصل معه

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في احدى الروايتين)

اذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد كاتبتك على الفين وقال المكاتب على الف ففيه ثلاث روايات (أحدها) القول قول السيد ذكره الخرقي قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد

بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق الا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدرما أعتق فالرواية الاولى توافق قول الخرقي فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته الا مائة منها وهي عشرها ، وأما رواية حنبل فيحتمل أن تكون على ماقال ابوبكر والقاضي في أنه لايسري العتق الي الجزء المكاتب لغيره وقد نصرنا الرواية الاولى بما ذكرناه والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته ان المكاتب اذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده سواء كان من كسبه اومن صدقة تطوع او وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (إحداهما) هو لسيده وهو قول ابي حنيفة ، وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وان أمسكه فلا بأس

(الرواية الثانية) يؤخذ مابقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار ابو بكر والقاضي أنه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لانه انما دفع اليه ليصرف في العتق فاذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل

ولنا ان ابن عمر رد مكاتبا في الرق فأمسك ما أخذه منه ولانه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين وأما الغازي فانه يأخذ لحاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه وأما الغارم فان غرم لا صلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا وان غرم لمصلحة نفسه فهو كمسئلتنا لايرده

(فصل) وأما ما أداه الى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما

في رواية الكوسج وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال ابو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكي عن احمد رواية ثالثة ان القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لأنه منكر للالف الزائد والقول قول المنكر لانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ووجه الاولى أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين (احدهما) ان الاصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والاصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه (الثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته

في يد المكاتب لان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وماتلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أوأدى لان ماله تلف في يده فاشبه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة وان اشترى به عرضاً وعجز والعوض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فاشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة مااشترى به فرساوسلاحا ثم فضل ذلك عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ مافي يده قبل حصول مقصود الكتابة وان أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده أو اخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه لان ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في أدائها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الاول وبطل شراء الآخر)

لاخلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فاذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد او لسيدين فاذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكه وليس للملوك أن يملك مالكه لانه يفضي الى تناقض الاحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي

وانما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه للعبد وكسبه. اذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بالفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل ان يدفع اليه الفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان احدهما عن الكتابة والاخر وديعة ويقول السيد بل هي جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا ان يرضى بقول صاحبه وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لانها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه فان كانا من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في وفاء مالها فقال العبد اديت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه)

لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

عليك مال الكتابة تؤديه الي فان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الى أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ولانه لوصح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعا فاذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فان أدى عتق وولاؤه موقوف فان أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بادائه اليه فان عجز فولاؤه لسيده لان العبد لايثبت له ولاء ولان السيد يأخذ ماله فلذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر ان الولاء لسيده لان المكاتب عبد لايثبت له الولاء فيثبت لسيده وكذلك فيما إذا اعتق باذن سيده أو كاتب عبده فادى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن السيد فيحصل الانعام منه باذنه فيه وههنا لايفتقر الى اذنه فلانعمة له عليه فلايكون له عليه ولاء مالم يعجزه سيده والله أعلم

(فصل) وان لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فاشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحا صحيحاً لواحد منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد مثل ان يكاتب ثلاثة اعبد له بالف صح في قول اكثر اهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه فيه قول آخر لا يصح لان العقد

(فصل) اذا كاتب عبدين واستوفى من احدهما ولم يدر أيهما استوفى فقياس المذهب ان يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه وان ادعى الآخر عليه أنه ادى فعليه اليمين أنه ما أدى فان نكل عتق الآخر وان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدين بينة أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة سيده او بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ويتخرج على قول ابي بكر وابن حامد ان يعتقا على ما نذكر في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه من

مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فان كل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لأبي عبد الله قول آخر ان العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو اقر لهم بشيء

ولنا أن هذا عوض فتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصا وسيفا وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو اتلف احدهم ورد الآخر ويخالف الاقرار فانه ليس بعوض . إذا ثبت هذا فايهم أدى حصته عتق

وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكي ذلك عن ابي بكر وهو قول مالك وحكي عنه انه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل انه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ولا يحصل العتق الا باداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً ، وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان أديتم عتقتم فايهم أدى حصته عتق وان أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وان قال لهم ان أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون

السيد والورثة الإ ان السيد يحلف على البت ، وأما الورثة فان ادعى أنه دفع الى موروثهم حلفوا على نفي العلم وإن ادعى أنه دفع اليهم حلفوا على البت وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى الي وعتق فانجر ولاء ولده الي فأنكر ذلك مولى امهم وكان المكاتب حياً صار حراً بهذا القول لانه اقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده اليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لان الاصل بقاء الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

(مسئلة) (وإن اقام العبد شاهداً وحلف معه أو شاهداً وامرأتين ثبت الاداء وعتق وهذا قول الشافعي)

لان النزاع بينهما في اداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والمرأتان فان قيل القصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا بل يثبت بشاهد

بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال وايهم اداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما

ولنا انه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم باداء حصته كما لو اشتروا عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق باداء العوض لا بهذا القول بدليل انه يعتق بالاداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم ان هذا العقد كتابة واحدة فان العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ماقدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه مايخصه فافترقا . اذا ثبت هذا فانه إن شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ولان الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ولانه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح لان الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) اذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لانه يضر

ويمين في رواية ، وان سلمنا ان الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا باداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت الا بشاهدين كما ان الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فان قال لي شاهد غائب انظر ثلاثا فان جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وان جرح شاهده فقال لي شاهد آخر أنظر ثلاثا لما ذكرناه

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح اقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لانه اقرار لغير وارث فيقبل وإن قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال استوفيتها كلها إن شاء الله أو ان شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لان هذا الاستثناء لا

بالباقين وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على انه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

(فصل) فان أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ماعليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحا وإن كان الاداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فان كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وإن أداه محتسباً بالرجوع عليه وكان الاداء باذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه وإن كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وإن كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون واذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيه روايتين (احداهما) يصح ضمانه لانه عوض في معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع

ولنا ماذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لانه لازم وهذا غير لازم

(فصل) واذا أدوا ماعليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ماعليه فلا فضل لاحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء فلي الفضل عليك أو يكون وديعة لي عند سيدنا فالقول قول الاول لان الظاهر ان من عليه دين لا يؤدي اكثر منه فرجحت دعواه بذلك فان كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعي التساوي

مدخل له في الاقرار قال احمد في رواية أبي طالب اذا قال له الف إن شاء الله كان مقراً بها ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وانما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وانا اشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار وان قال استوفيت آخر كتابتي وقال انما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالابراء)

إذا كاتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخمر والخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على ان الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها اختاره أبو بكر فانه

لانهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستووا فيه كما لو كان في ايديهم مال فاختلفوا فيه

(فصل) وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لايجني جان إلا على نفسه » ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا هونا لان مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده

«مسئلة» قال (واذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لا نعلم في بطلانه خلافا وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « اشتريها واعتقيها فانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه وفي الحديث الآخر أن النبي ﷺ قال « اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ولان الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقل وسواء شرط أن يوالي من شاء اوشرطه لبائعه او

روي عن احمد أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء الا في المحرمة واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الاداء شرطا للعتق فقال إذا اديت لي فأنت حر فأدى فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما ان شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج ان يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فاما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضا محرما فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

(أحدها) أنه يعتق ما كوتب عليه سوا صرح بالصفة بان يقول اذا اديت الي فانت حر اولم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة

(الثاني) إذا اعتقه بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو

لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه احمد رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع

ولنا حديث بريرة فان أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « انما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لايمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فان قيل المراد بقول النبي ﷺ « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم لايأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أي فعليها قلنا هذا لايصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والإستعمال (والثاني) ان أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لايقبلونه ؟ (والثالث) ان ثبوت الولاء لها لايحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه (والرابع) أن في بعض الالفاظ «لايمنعنك هذا الشرط منها ابتاعي واعتقي» وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وانه لاينقل الولاء عن المعتق

(فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في مواريثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق وأجاز اياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله عزوجل وكل

ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر اقلهما ان كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسد فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد

ولنا أنه عقد كتابة حصل العتق فيه بالاداء فلم يجب التراجع كما لو كان العقد صحيحاً ولان ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وان كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسئلتنا (الثالث) ان المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء اشبه الكتابة الصحيحة

(الرابع) أنه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فادى أحدهم حصته عتق على قول من قال إنه يعتق

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي ﷺ قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب تخاصم ورثته الى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري لا يصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه

ولنا انه روي عن عمر رضي الله عنه انه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم: إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل العتق ولانه شرط نفعاً معلوما أشبه مالو شرط عوضاً معلوما ولا نسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) واذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط ان يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند ادائه لان السيد لو أعتقه بغير اداء شيء صح فكذلك اذا أعتقه عند اداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

(مسألة) قال (واذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فاخرجه الى سيده فاحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابته وان لم يحب أخذه فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه لمن يؤدي اليه)

بالكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى الى كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قال لا يعتق في الصحيحة الا ان يؤدي جميعهم فههنا أولى

(فصل) وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله اذا اديت الي ألفاً فانت حر (الثاني) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة الا بان يسلم له العوض المسمى فاذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازما له

وجملته أن الكفار اذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان أخذ في الغنائم فلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شي، وكان على كتابته كن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين او اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فان سيده أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما اذا كان غنيمة رواية أخرى انه اذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيده إن أخذه فهو مبقى على مابقي من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على مابقي من كتابته فيعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيده

وقال ابو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لايثبت عليه ملك الكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق ابو حنيفة الشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لايجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لايستحق صاحبه أخذه بغير شيء، وكذلك مااشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار؟ على وجهين (أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده فعلى هذا يبني على مامضى من المدة قبل الاسر وتبقى مدة الاسر كأنها لم توجد (والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولانه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق مااذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت

(الثالث) أنه لا يلزم السيد ان يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فاشبه مالو قال اذا اديت إلي الفاً فانت حر

﴿مسئلة﴾ (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه)

اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها به وهو قول الشافعي لانه عقد جائز من الطرفين لايئول الى اللزوم فبطل بالموت كالوكالة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقال أبو بكر لاتبطل بالموت ويعتق بالاداء الى الوارث وهو قول أبي حنيفة لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء الى الوارث كالكتابة الصحيحة في باب العتق بالاداء فكذلك في هذا واختلف في انفساخها بجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته قال شيخنا والاولى أنها لاتبطل ههنا الا بالصفة المجردة لا بذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى الى سيده

مطالبته وإن حل مايجوز تعجيزه بترك ادائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال في وقته فأشبه مالو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره واداؤه في مدة قريبة لكان لسيده الفسخ فالمال ههنا اما معدوم وإما غائب يتعذر اداؤه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ

(الثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أله مال ام لا ؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان أدى وإلا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل أن لايبطل حتى يثبت انه كان يمكنه اداؤه لانه اذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه

(والثاني) يحتسب عليه بمدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من اداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا .

(الوجه الثالث) انه يلزم سيده أرفق الامرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها لانه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعها

(فصل) واذا أوصى بان يكاتب عبده صحت الوصية لان الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي فاذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لانه تبرع من جهته فانه بيع ماله بماله فان خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ذكره القاضي لانه نماء ماله وفائدته ولان الاعتبار بحالة الموت وهو لايملك مال الكتابة ثم ينظر فان عين مال الكتابة كاتبوه عليه سواء كان اقل من قيمته أو مثلها او أكثر فان لم يعينه كاتبوه على ماجرى العرف بكتابة مثله به والعرف أن يكاتب العبد

بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

(فصل) ويملك السيد أخذ ما في يده وان فضل من الاداء فضل فهو لسيده هذا قول أبي الخطاب لان كسب العبد لسيده بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي

بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربعه اليه ويعتبر في ذلك رضى العبد لان الكتابة لاتلزمه ولا يجوز اجباره عليها بخلاف مالو وصى بعتقه فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه فان رد الوصية بطلت فان عادفطلبها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال وإن لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابته كما لو وصى بعتقه فان عجز فللوارث رده في الرق وإن لم يخرج من الثلث فانه يكاتب منه ماخرج من الثلث وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لاتخرج من الثلث تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق لان الكتابة مقصودها العتق وتفضي اليه ويحتمل أن لاتقدم بحال لان العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة وافضاؤها الى العتق لايوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بابنه فانه لايقدم مع ان القصد بوصيته العتق ويفضي اليه

(فصل) فان قال كاتبوا أحد رقيقي فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم في أحد الوجهين وفي الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة وإن قال أحد عبيدي فكذلك إلا انه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل لانه لايعلم كون الخنثى عبداً او أمة ، وإن قال أحد امائي فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد عبيدي وإن كان أنثى فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد امائي لان هذا عيب فيه والعيب لايمنع الكتابة والله أعلم

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول او عوض حال او محرم كالخمر والخنزير فاما إن شرط في الكتابة شرطا فاسداً فالمنصوص انه لايفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهذا مذهب الشافعي

وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله مايدل على ان الكتابة على العوض المحرم باطلة لايعتق بالاداء فيها وهو اختيار ابي بكر فانه قد روى عن احمد رضي الله عنه انه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ماكوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء إلا في المحرمة

واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على مااذا جعل السيد الاداء شرطا للعتق فقال اذا أديت إلي فأنت حر فأدى اليه فانه يعتق بالصفة المجردة لابالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لابحكم الكتابة وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام (أحدها) انه يعتق باداء ماكوتب عليه سواء

لا تثبت له في كسبه فكذا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فانها أثبتت الكتابة في العوض فاثبتته في المعوض وقال القاضي مافي يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له وهو مذهب

صرح بالصفة فقال ان أديت إلي فأنت حر او لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة

(الثاني) انه اذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره ابو بكر وهو ظاهر كلام احمد رضي الله عنه، وقال الشافعي رضي الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ماأخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد

ولنا انه عقد كتابة المعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ولان ماأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه، وإن كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفي مسئلتنا بخلافه (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء فملك ذلك كما في الكتابة الصحيحة (الرابع) انه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر، ومن قال لا يعتق في الصحيحة إلا ان يؤدي الجميع فههنا أولى وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثم صفة او لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فاذا لم يسلم كان له ابطالها بخلاف الكتابة الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازما له

(الثاني) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أديت إلي ألفاً فأنت حر

الشافعي لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والاول اصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين)

(الثالث) انه لايلزم السيد أن يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبه مالو قال اذا أديت إلي ألفاً فأنت حر واختلف في أحكام أربعة (أحدها) في بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه عقد جائز من الطرفين لايؤول الى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة وقال ابو بكر لاتبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي ان اولد يتبعه فكذلك في هذا

(والثاني) في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته والاولى انها لاتبطل ههنا لان الصفة المجردة لاتبطل بذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى الى سيده بعد ذلك عتق وعلى قول من ابطلها لايعتق

(الثالث) ان ما في يد المكاتب وما يكسبه ومايفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة وقال ابو الخطاب ذلك لسيده في الموضعين لان كسب العبد لسيده بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في العوض كسائر العقود الفاسدة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لاتثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا وفارقت الكتابة الصحيحة فانها تثبت الملك في العوض فأثبتته في المعوض (الرابع) هل يتبع المكاتبة ولدها؟ قال ابو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) يتبعها لانها كتابة يعتق فيها بالاداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة (والثاني) لايتبعها وهو أقيس وأصح لماذكرنا في الذي قبله ، ولان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص او معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل والله أعلم

(أحدها) يتبعها لانها كتابة تعتق فيها بالاداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (والثاني) لايتبعها وهو اقيس وأصح لان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول الا بنص أو معنى نص وماوجد واحد منها ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (وقال أبو بكر لاتنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه) وقدذكرناه

كتاب عتق أمهات الاولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية امولد النبي ﷺ وهي ام ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قال فيها « اعتقها ولدها » وكانت هاجر أم اسماعيل عليه السلام سرية ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله من أمهات أولاد . وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الاولاد فرغب الناس فيهن ، وروي عن سالم بن عبدالله قال كان لابن رواحة جارية و كان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت: أفعلتها؟ قال : ما فعلت قالت فقرأ إذاً فقال

شهدت بأن وعد الله حق ... وان النار مثوى الكافرينا
وان العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ... ملائكة الاله مسومينا

﴿ باب أحكام أمهات الاولاد ﴾

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في اباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قال فيها النبي ﷺ « اعتقها ولدها » وكانت هاجر سرية ابراهيم عليه الصلاة والسلام ام اسماعيل عليه السلام وكان لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه أمهات اولاد أوصى لكل واحدة منهن باربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد ويروى ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاود حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبدالله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت افعلتها؟ قال ما فعلت قالت فاقرا إذا فقال

شهدت بان وعدالله حق ... وان النار مثوى الظالمينا
وان العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
ويحمله ملائكة شداد ... ملائكة الاله مسومينا

قالت اما اذ قرأت فاذهب اذا فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكره عليه فيضحك

(فصل) فاذا وطيء الرجل أمته فاتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وان أتت بولد تام لاقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لان أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ماروى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتي بها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك ان الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون في البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً فذلك تمام ماقال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر ، وروي عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : حصنوا هذه الولائد فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها الا ألزمته اياه رواه سعيد وعن ابن عمر قال : قال عمر أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده رواه سعيد أيضاً ولان أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة ولقوله ﷺ « الولد للفراش » فان نفاه سيدها لم ينتف عنه الا أن يدعي أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين وقد روي عن الحسن قال اذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده اذا كان من أمته متى شاء

قالت أما إذا اقرأت فاذهب فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت ؟ » فأكره عليه فيضحك

﴿ مسئلة ﴾ (اذا حملت الامة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الانسان صارت له بذلك ام ولد فاذا مات عتقت وان لم يملك غيرها)

ذ كر ههنا لمصير الامة ام ولد شرطين (أحدهما) ان تحمل به في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفاس والاحرام والظهار فاما ان علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك ام ولد سواء علقت منه بمملوك مثل ان يطأها في ملك غيره بنكاح او زنا او علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة او غر من امة فتزوجها على انها حرة فاستولدها او اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فان الولد حر ولاتصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال فان ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

(الشرط الثاني) ان تضع مايتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس اويد أورجل او تخطيط سواء وضعته حياً اوميتاً وسواء أسقطته او كان تاماً قال عمر رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وان كان سقطا وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال اعتقها ولدها وان كان سقطا وقال الاثرم قلت لابي عبدالله ام الولد اذا اسقطت لا تعتق فقال اذا تبين فيه يد أو

ولنا قول عمرو انه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولده من زوجته فان أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لانعلم فيه خلافا ، قال ابراهيم اذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه فان انتفى منه ضرب الحد والحق به الولد . وقال شريح الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه وكذلك ان هنىء به فسكت او أمن على الدعاء لانه دليل على الرضا به فقام مقام الاقرار به ، وان كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك لما روى ابو سعيد أنه قال يارسول الله إنا نصيب النساء ونحب الاثمان أفنعزل عنهن ؟ فقال « ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال « ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها » قال فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت فقال «قد أخبرتك انه سيأتيها ماقدر لها » رواه أبو داود . وعن أبي سعيد انه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، وعن ابن عمر ان عمر قال مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتيني وليدة يعترف سيدها انه أتاها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولانها بالوطء صارت فراشا وقد قال النبي ﷺ « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ولانه قد يسبق من الماء مالا يحس به فيخلق منه الولد . وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت مايدل على ان الولد

رجل او شيء اوخلقة فقد عتقت هذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا نكس في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عدة الحرة وعتقت به الامة قال شيخنا ولا اعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فاما ان القت نطفة او علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لانه ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان ابا عبدالله قيل له ما تقول في الامة اذا ألقت مضغة اوعلقة؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي وذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شرطا ثالثا وهو ان تحمل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين(أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك فوطىء أمته فاستولدها فولده مملوك ولاتصير الامة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء اذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن

(الثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ولا يثبت للامة أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وكذلك ولده منها فاولى ان لاتتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها ؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

لا يلحق به مع العزل فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فان آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود فقال ممن هو؟ فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال انما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال ممن حملت؟ قالت منك . فقال كذبت وما وصل اليك مني ما يكون منه الحمل وما أطؤك إلا اني استطبت نفسك . وقال الثوري وابو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك . ولنا ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وان اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روي عن أحمد رضي الله عنه انه يلحقه ولدها وتصير فراشا بهذا وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي رضي الله عنه ولانه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج ، والصحيح في هذا ان شاء الله تعالى انها لا تصير بهذا فراشا لانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ولا يثبت الحكم إلا بدليل ولا ينتقل عن الاصل إلا بناقل عنه . اذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته اذا حملت به في ملكه فولد حر الاصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد

﴿ مسئلة ﴾ (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وان لم يملك سواها)

وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لانه حصل بالتذاذه وشهوته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا انا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنيان ابن الزبير فقال ابن عمر اتعرفان أبا حفص؟ فانه قضى في أمهات الاولاد ان لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فاذا مات فهي حرة وقال ثنا عتاب عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل كان يقر بانه كان يطأ جاريته يموت الا اعتقتها وان كان سقطا وروى ابن ماجة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه »

(فصل) وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فاذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها الى ورثته كسائر

﴿مسئلة﴾ قال (وأحكام أمهات الاولاد أحكام الاماء في جميع أمورهن الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك انه لايملك اجارتها وتزويجها لانه لايملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدبرة ولانها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدبرة وانما منع بيعها لانها استحقت أن تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها. اذا ثبت هذا فانها تخالف الأمة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء، وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك. قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت

ماله وكما في يد المدبرة بخلاف المكاتبة فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد: ان أسلمت وأحصنت وعفت اعتقت وان كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر ان بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي ان يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين)

أما اذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن وان لم يشهدن

رأيت أن أرقهن . قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده ، وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي الى أي شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال في رواية إسحاق بن منصور لايعجبني بيعهن، قال ابوالخطاب فظاهر هذا انه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد رضي الله عنه والصحيح ان هذا ليس رواية مخالفة لقوله انهن لايبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا ولمن اجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا رواه أبو داود وما كان جائزاً في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لان النص انما ينسخ بنص مثله وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به فان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على انه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابيه في نكاح او غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه وروي عن ابن عباس رواية اخرى أنها

بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان (إحداهما) لا تصير به الامة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر مانقله الاثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبي وسائر من اشترط ان يتبين فيه شيء من خلق الآدمي

(والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين وخرج أبو عبدالله ابن حامد رواية ثالثة وهي ان الامة تصير ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن أحمد اذا وضعت شيئاً فسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه فيحتاط في العدة باخرى ويحتاط بعتق الامة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة تحصيل للحرية فاحتيط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب على ما يفضي اليها

﴿ مسئلة ﴾ (وان اصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد له وعنه تصير)

تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال مات رجل منا وترك ام ولد فأراد الوليد بن عقبة ان يبيعها في دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها في نصيب اولادها

ولنا ماروى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « اعتقها ولدها » رواهما ابن ماجه

وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها مابدا له فان مات فهي حرة وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كرم الله وجهه كان رأيي ورأي عمر ان لاتباع أمهات الاولاد ، وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب الينا من رأيه وحده

وروى عكرمة عن ابن عباس عن : قال عمر رضي الله عنه : مامن رجل كان يقر بانه يطأ جاريته ثم يموت إلا اعتقها ولدها اذا ولدت وإن كان سقطا ، فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم؟ قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبيدة قال بعث إلي علي كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض

وسواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبه قال الشافعي لانها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها لان الاصل بقاء الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لانها أم ولده وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه قال شيخنا ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لااقول فيها شيئاً وصرح في رواية سوادة بجواز بيعها فقال لا أرى بأساً ان يبيعها انما الحسن وحده قال إنها أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون انها لاتصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، كان عبيدة السلماني يقول ببيعها وشريح وابراهيم والشعبي اما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير ام ولد وهو مذهب مالك لانها ولدت منه في ملكه فاشبه مالو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية اسحاق بن منصور أنها لاتكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت أبي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لاتكون ام ولد له قلت فان اشتراها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطؤها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او بواسطة صارت له بذلك ام

الاختلاف وابن عباس قال ولد ام الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي ﷺ وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره ؟ فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام؟ قلنا الاجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فاما قول جابر بعنا أمهات الاولاد في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بانه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا؟ ولانه لو كان ذلك واقعاً بعلمهما لاحتج به علي حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه اذاً حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الاولاد في النكاح لا في الملك

(فصل) ومن أجاز بيع ام الولد فعلى قوله ان لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث الا ولدها

ولد لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر بذلك ام ولد وان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك ام ولد لان عمر قال ابعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلق بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان لحرية البعض اثرا في تحرير الجميع بدليل ما لو اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخرقي يقتضي ان لا تكون ام ولد الا ان تحبل منه في ملكه وهو الذي رواه اسحاق بن منصور عن احمد وهو ظاهر المذهب لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت له حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولان حملها منه اذا لم يفد الحرية لولدها فلان لا يفيدها الحرية اولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكروه من ان الولد يزيد فيه الوطء غير مستيقن فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا اوغيره فوطئها لم تصر أم ولد وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما ثبت بالاجماع

عتقت عليه وان كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له مابقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلاشيء له وان كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة الا على قول من قال انه اذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصاب الامة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها)

وجملته انه اذا تزوج أمة غيره فاولدها او أحبلها ثم ملكها بشراء او غيره لم تصر ام ولد له بذلك سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه او ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه لانها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولان الاصل الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل

ونقل القاضي بن ابي موسى عن احمد رضي الله عنه أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وابي حنيفة لانها ام ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه ولم أجد هذه الرواية عن احمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لاأقول فيها

في حق من حملت منه في ملكه وماعداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب ان لايثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فتبقى على ماكانت عليه

(فصل) قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يلحق بالمشتري ولايبيعه لكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد ، وقد روي عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال «لعله يريد أن يلم بها؟» فالوا نعم فقال رسول الله ﷺ «لقد هممت ان ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لايحل له ؟ أم كيف يستخدمه وهو لايحل له؟» رواه ابوداود يعني أنه لواستلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) إذا وطىء الرجل جارية ولده فان كان قد تملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لواشتراها وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون) وهذه ليست زوجته ولاملك يمينه فان قيل فقد قال النبي ﷺ «أنت ومالك لابيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه اضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف

شيئاً وصرح في رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال لا ارى بأساً ان يبيعها انما الحسن وحده قال انها ام ولد وقال ا كثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون ام ولد حتى تلد عنده وهو يملكها فان عبيدة السلماني يقول نبيعها وشريح وابراهيم وعامر الشعبي واما إذا ملكها حاملا فظاهر كلام احمد رضي الله عنه انها تصير ام ولد وهو مذهب مالك رضي الله عنه لانها ولدت منه في ملكه فأشبه ما لو احبلها في ملكه وقد صرح احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور انها لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت ابي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون ام ولد له قلت فان استبرأها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهي حامل منه كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك ام ولد له لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد له وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر به ام ولد وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لان عمر رضي الله عنه قال بعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن؟ فعلق بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان الحرية البعض اثراً في تحرير الجميع بدليل ما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد

اليه ماله في حال اضافته الى الولد ولا يكون الشيء ملكا لمالكين حقيقة بدليل انه يحل له وطء إمائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لو مات لم يرث ابوه منه الا ماقدرله ولوكان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم ان النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه . اذا ثبت هذا فانه لاحد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحد يدرأ بالشبهات ولكن يعزر لانه وطيء وطئاً محرما فأشبه وطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعزر لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الاب فانه عاد فيه ملوم عليه فان علقت منه فالولد حر لانه من وطء درىء فيه الحد لشبهة الملك فكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملكه وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لاتصير ام ولد له ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبه الاجنبي ولان ثبوت احكام الاستيلاد انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لانها محرمة عليه فوجب ان لا يثبت لها هذا الحكم لان

وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخرقي يقتضي انها لاتكون ام ولد الا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي نص عليه احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور فقال لاتكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده فلأن لايفيدها الحرية أولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن فان هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل مالو ملكها وهي حامل من زنا منه او من غيره فوطئها لم تصر أم ولد . وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما يثبت بالاجماع في حق من حملت منه في ملكه وماعداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال احمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لايلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد

وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ انه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها ؟» قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ « لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه في قبره كيف

الاصل الرق فتبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لاينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطء الاجنبي .إذا ثبت هذا فانه لايلزمه مهرها ولاقيمتها ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه مالو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمنه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد ، وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

ولنا قول النبي ﷺ «أنت ومالك لابيك» ولانه لايلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولاقيمتها كمملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لامر لا يختص ببعضها فاشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فان كان الابن قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فاولدها فقد روي عن احمد فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده فليس للابن فيها شيء

قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للاب باستيلادها لانها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه ولا تحل له بحال فأشبه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها

يورثه وهو لايحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لايحل له ؟» رواه ابو داود. يعني ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد

(فصل) واذا وطىء الرجل جارية ولده فان كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لان الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم او ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه، فان قيل فقد قال النبي ﷺ « انت ومالك لابيك» فأضاف مال الابن الى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على انه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف اليه ماله في حالة اضافته إلى الولد ولا يكون الشيء مملوكا لمالكين حقيقة في حال واحدة ، وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لو مات لم يرث منه أبوه الا ماقدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم أن النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الاحكام

إذا ثبت هذا فانه لاحد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعذر لانه وطىء جارية لايملكها وطئاً محرما فكان عليه التعزير

ولا تعتق بموته فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع تحريمها عليه على التأبيد فكذلك ههنا لانه وطء يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) فان وطىء الابن جارية ابيه فهو زان عليه الحد اذا كان عالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لانه ابن ابنه إذا قلنا ان ولد الزنا يعتق على ابيه وتحرم الجارية على الاب على التأبيد ولا تجب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملك ابيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فاشبه ما لو وطىء امته المرهونة

(فصل) فان وطىء أمته وهي مزوجة فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قال احمد يجلد ولا يرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنا فان أولدها صارت أم ولد له لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

كوطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لايعزر عليه لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه وان علقت منه فالولد حر لانه من وطء درىء فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملك له وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لاتصير ام ولدله ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبه الاجنبي ، ولان ثبوت احكام الاستيلاد انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا في معنى مملوكته فانها محرمة عليه فوجب أن لايثبت لها هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لاينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت ام ولد له كالجارية المشتركة وفارق وطء الاجنبي في هذا. اذا ثبت هذا فانه لايلزمه مهرها ولا قيمتها

وقال ابو حنيفة لايلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه مالو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمنه ثانياً كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئاً محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها ام ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

(فصل) ولو ملك رجل امه من الرضاع أو اخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلاحد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر وان ولدت منه فالولد حر ونسبه لاحق به وهي ام ولده ولذلك لو ملك امة مجوسية او وثنية فاستولدها او ملك الكافر امة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطىء امته المرهونة او وطىء رب المال امة من مال المضاربة فاولدها صارت له بذلك ام ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا او يوفيه عن دين الرهن والله اعلم

﴿مسئلة﴾ واحكام ام الولد احكام الامة في الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها الا فيما ينقل الملك في رقبتها كالبيع والهبة والوقف او ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه)

وجملة ذلك ان الامة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولانه لاتلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة ام ولد لامر لايختص ببعضها فأشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فان كان الولد قد وطىء جاريته ثم وطئها ابوه فأولدها فقد روي عن احمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فهي ام ولده وليس للابن فيها شيء . قال القاضي فظاهر هذا ان الابن ان كان قد وطئها لم تصر ام ولد للاب باستيلادها لانها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه لها ولا تحل له بحال فأشبه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لايملكها ولا تعتق بموته . فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير ام ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك ههنا وذلك لانه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به ام ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) وان وطىء الابن جارية ابيه او أمه فهو زان يلزمه الحد اذا كان عالماً بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لانه ابن ابنه اذا قلنا ان ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على التأبيد ولا تجب بسبب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فأشبه مالو وطىء أمته المرهونة

(فصل) وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قال أحمد

وعورتها ، وهذا قول اكثر اهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالحرة وانما منع بيعها لانها استحقت ان تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فانها تخالف الامة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا مايراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت سيدها ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير اباحة بيعهن واليه ذهب داود قال ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بعها كما تبيع ثيابك أو بعيرك قال وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت انا وعمر ان اعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت ان ارقهن قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لابي الى أي

رضي الله عنه يجلد ولا يرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصناً فان أولدها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من رضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فان ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد له تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطىء أمته المرهونة أو وطىء رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتنفسخ المضاربة فيها وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم

«مسئلة» قال (واذا علقت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت له بذلك أم ولد)

ذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة (أحدها) أن تعلق منه بحر فأما إن علقت منه بمملوك ويتصور ذلك في الملك في موضعين (احدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا انه يملك فانه اذا وطى

شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال اكرهه وقد باع علي بن ابي طالب وقال في رواية اسحاق ابن منصور لا يعجبني بيعهن ، قال أبو الخطاب وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد قال شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا وما كان جائزاً في عهد النبي ﷺ وابي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عهد النبي ﷺ لان النص انما ينسخ بنص ، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونه بأقوالهم وانما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابنه في نكاح أو غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه

أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له (والثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ، وأما الامة فانه لاتثبت لها احكام ام الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لاتتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أومات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ذكر القاضي في موضع انه لايثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال وهذا احد قولي الشافعي لانها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من احكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب انها موقوفة لايملك بيعها ولا نقل الملك فيها فان عتق صارت له ام ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد مايثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص احمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقي يحتمل الوجهين جميعاً

(الشرط الثاني) أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أوغيره ، فأما ان علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على انها حرة فاستولدها او اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فان الولد حر ولا تصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال وفيه وجه آخر انه إن ملكها

وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد ثنا سفيان ثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها من نصيب أولادها

ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ايما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال «أعتقها ولدها» رواهما ابن ماجه ، وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا يهبن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بدا له فان مات فهي حرة قال شيخنا وهذا فيما اظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع امهات الاولاد وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأي علي في الجماعة احب الينا من رأيه وحده وروى عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل يقر بأنه يطأ جارية ثم يموت الا اعتقها اذا ولدت وان كان سقطا فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبيدة قال بعث الي علي والى شريح فقال لي اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض الاختلاف

بعد ذلك صارت ام ولد وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ،وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر في مسائل مفردة لها

(الشرط الثالث) أن تضع مايتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس او يد او رجل او تخطيط سواء وضعته حياً أو ميتا وسواء اسقطته او كان تاما ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطا ، وروي الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال أعتقها ولدها وان كان ولدها سقطا قال الاثرم قلت لأبي عبد الله أم الولد اذا اسقطت لاتعتق ؟ فقال اذا تبين فيه يد او رجل او شيء من خلقه فقد عتقت وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا تابث في الخلق الرابع فكان مخلقا انقضت به عدة الحرة واعتقت به الامة ولا أعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لان ذلك ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان أبا عبد الله قيل له ماتقول في الامة اذا ألقت مضغة او علقة ؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتدأ خلق آدمي إما بشهادتهن او غير ذلك ففيه روايتان (احداهما) لاتصير به الامة ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر مانقله الاثرم عن احمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الانسان لانه لم يتبين فيه شيء من خلق الآدمي اشبه النطفة والعلقة (والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج

وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجمع على ضلالة ولا يجوز ان يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الوافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا تجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام قلنا الاجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر واقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة

ابو عبدالله بن حامد رواية ثالثة وهو ان الامة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن احمد رضي الله عنه في الامة اذا وضعت فستته القوابل فعلمن انه لحم ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعتق الامة وظاهر هذا انه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم فيه خلافا وسواء ولدت في الصحة او المرض لانه حاصل بالتذاذه وشهوته وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتقهن .

قال سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا انا تركنا

بعدهما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه ؟ وكيف تتركون سنتها وتحرمون ما احلا ولانه لو كان ذلك واقعا بعلمها لاحتج به علي ومن رأي بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه اذا حجة ويحتمل أنهم باعوا امهات الاولاد في النكاح لا في الملك

(فصل) ومن اجاز بيعهن فعلى قوله ان لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت اكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه إذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق الى باقيه فانه يعتق ان كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت)

إذا ولدت ام الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج او غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال

هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أتعرفان أبا حفص ؟ فانه قضى في أمهات الاولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فاذا مات فهي حرة

وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه مامن رجل كان يقر بانه يطأ جاريته ويموت الا أعتقها اذا ولدت وإن كان سقطا

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أئمة اهل الفتوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في النسب استويا في حكمه وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن ابي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في ام الولد ان أسلمت واحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن ام ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وكتب عمر بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها واذا كان مبنى عتق أمهات الاولاد على قول عمر رضي الله عنه وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته ان ام الولد اذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج او غيره

احمد قال عمر وبن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال هم عبيد فيحتمل أنه اراد انهم لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاد يختص بها فتختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع امه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكدا كولد المكاتبة والمدبرة بل ولد أم الولد اولى لان سبب العتق فيها مستقر لا سبيل الى ابطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما لم تثبت الحرية فيها لانها لم تبق محلا وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فانه يعود رقيقاً بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في بابه فان أعتق السيد أم الولد اوالمدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفا على موت سيده وكذلك ان اعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه وان أعتق المكاتبة

فحكم ولدها حكمها في انه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال احمد رضي الله عنه قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد الا ان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد فيحتمل انه أراد انه لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه اذا كان متأكداً كولد المكاتبة والمدبرة بل ولد ام الولد أولى لان سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل الى ابطاله بحال فان ماتت ام الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما تثبت الحرية فيها لانها لم يبق محلا وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبة اذا ماتت فانه يعود رقيقاً لان العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم، وإن أعتق السيد ام الولد او المدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدها لم يعتقا بعتقه ، وإن أعتق المكاتبة فقد قال احمد وسفيان واسحاق: المكاتبة اذا أدت او أعتقت عتق ولدها وام الولد والمدبرة اذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا ان ولد المكاتبة يتبعها في العتق باعتاق سيدها لانه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها اذا أعتقها كمالها ولان اعتاقها يمنع اداءها بسبب من السيد فأشبه مالو ابرأها من مال الكتابة .

فقد قال أحمد وسفيان واسحاق المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتبة إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لانه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كمالها ولان اعتاقها منع أداءها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة

(فصل) فأما ولد ام الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في امه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولانه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات سيدها وهي حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين)

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للامة الحامل لان الحمل

(فصل) فأما ولد ام الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى وذكر ابو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولانه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فاذا أسلم حلت له وان مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك ان الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته كما يصح منه عتقها واذا استولد الذمي أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبهذا قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل الى بيعها ولا إلى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن وعن احمد رضي الله عنه رواية أخرى انها تستسعى فان ادت عتقت وهو قول ابي حنيفة لان فيه جمعاً بين الحقين حقها في ان لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها اذا لم تكن ام ولد

ولنا انه اسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقاؤها ضرر فان في عتقها مجانا اضرارا بالمالك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه لان فيه احالة على سعاية لا تدري هل يحصل

له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لا في انصباء شركائه ،وان قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لانهما شغلاها بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجرا دارا كانت اجرتها عليهما

﴿ مسئلة ﴾ (واذا جنت ام الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديها بارش الجناية كله)

إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد ان يفديها باقل الامرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بارش جنايتها بالغة ما بلغت لانه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فدؤاها وجنايتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة

ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمتنع من تسليمها وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا انقل الملك فيها وأما القن اذا لم يسلمها فانا فيه منع وان سلم فلان القن أمكن ان يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر

منها شيء او لا ؟ وإن حصل فالظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق ان يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كي لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت الى آجر او أجر مسكن فعلى سيدها

وذكر القاضي ان نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ماشاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب او لم يكن لانها مملوكة له ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته القن او ماقبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ماقبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولانه اذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها ولانه يملك فضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه

(مسئلة) قال (واذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها)

من قيمتها فاذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله بخلاف ام الولد فان ذلك لا يحتمل فيها لانه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) فان ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما تعلق برقبتها فاذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وان نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب ان يسقط بعضه بتلف بعضها وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالقن وينبغي ان تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لان ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ولان الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة ام الولد فيجب ان ينقص فداؤها وان يكون مقدراً بقيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في ام الولد ان قلنا لا يجوز بيعها وإن قلنا يجوز بيعها فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها فان امتنع منه فهل يفديها بقيمتها أو ارش الجناية بالغة ما بلغت يخرج على روايتين

(فصل) فان كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لانه منفصل عنها فاشبه الكسب وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لان الولد متصل بها أشبه سمنها وان اتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره أشبه اتلاف الرهن وان نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزاءها

إنما كان كذلك لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر مافي يدها له فاذا مات سيدها فعتقت انتقل مافي يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبة فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها اذا احتمله الثلث)

وجملته ان الوصية لام الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد وبهذا قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

وقد روى الامام احمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن ان عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده باربعة آلاف أربعة آلاف ولان ام الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لان عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها الا في حال حريتها ، وأما قوله اذا احتمله الثلث فلان الوصية كلها لاتلزم إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على اجازة الورثة فان أجازوه جاز وإلا رد الى الورثة ولا تعتبر قيمة ام الولد من الثلث لانها تعتق من رأس المال فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون واداء الواجبات

(فصل) وإن أوصى لمدبره او مدبرته صحت الوصية أيضاً الا انه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ماأوصى به له وصحت الوصية لانها وقعت في حال حريته فأشبهت الوصية لام ولده وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولاوصية له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف مازاد على اجازة الورثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان عادت فجنت فداها أيضاً وعنه يتعلق ذلك بذمتها)

فاما ان جنت جنايات فان كانت الجنايات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها الا قيمتها أو ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان لم يف بها تحاصوا فيها بقدر اروش جناياتهم وان كانت الجناية الثانية بعد فدائه من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كالاولى وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في أحد قوليه لا يضمنها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت قبل فدائها

ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما أخذه الاول عوض جنايته أخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ماقبل الفداء لان ارش الجنايات

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

انما كان كذلك لان الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته وانما سمى الخرقي هذا عدة لان الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسئلة في العدد والخلاف فيها على ما مضى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته ان ام الولد اذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الامرين من قيمتها او دونها وبهذا قال الشافعي وحكى ابو بكر عبد العزيز قولا آخر انه يفديها بارش جنايتها بالغة مابلغت لانه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة مابلغت كالقن، وقال ابو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لايملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة

ولنا انها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمتنع من تسليمها، وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا لنقل الملك فيها وفارقت

تعلق برقبتها في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد

(فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين اذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها

(فصل) وللسيد تزويجها وان كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها الا برضاها لانه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لايملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له ان مالكا لايرى تزويجها فقال ومايصنع مالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارق المكاتبة فانه لايملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه وقولهم يزوجها الحاكم لايصح فان الحاكم لا يزوج الاعند عدم الولي او غيبته اوعضله ولم يوجد واحد منها. إذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له

الثمن اذا لم يسلمها فانه ان أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها فاذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله ، وفي مسئلتنا لايحتمل ذلك فيها فان بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) واذا ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما تعلق برقبتها فاذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وان نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرهن الثمن وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لان ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولان الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير ام الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد الا انها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها ، وان امتنع منه فهل يفديها بأقل الامرين أو يلزمه أرش الجناية بالغاً مابلغ ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المجني عليه وان ولدت فهو لسيدها أيضاً لانه منفصل عنها فأشبه الكسب وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لأن الولد متصل بها فاشبه سمنها ، وان أتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره فأشبه مالو اتلف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزاءها والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان عادت فجنت فداها كما وصفت)

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص وان عفوا على مال او كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها وتعتق في الموضعين)

إذا قتلت ام الولد سيدها عمداً فعليها القصاص لورثة سيدها ان لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن ام ولد وان كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على امه قصاص وقد توقف احمد عن هذه المسئلة في رواية مهنا وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان مع ولدها منها اولاد له من غيرها لم يجب القصاص ايضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقل مهنا عن احمد انه يقتلها اولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف اصول مذهبه والصحيح انه لاقصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها وهذا قول أبي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر ديته .

ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها اكثر من قيمتها كما لو وجب على اجنبي ولان اعتبار

وجملته ان ام الولد اذا جنت جنايات لم تخل من ان تكون الجنايات كلها قبل فداء شيء منها او بعده فان كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر اروش جناياتهم ، وان كان الثاني بعد فدائها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه اكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قوليه لا يضمنها ثانيا ويشارك الثاني الاول فيما اخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها

ولنا انها ام ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما اخذه الاول عوض جنايته اخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنايات تعلق برقبتها في وقت واحد فلم يلزم السيد اكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد

(فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين اذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ووصية الرجل لام ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لانها في حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو امضاء وصيته او غير ذلك

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى عبد فاعتقه سيده وهي في حال الجناية امة فانها انما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيرها ولانها ناقصة بالرق اشبهت القن وتفارق الحر فانه جنى وهو كامل وانما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها سيدها فاشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بادائه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حد على قاذفها وعنه عليه الحد)

والاول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمد ان عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها اشبهت الحرة والاول أصح لانها أمة حكمها حكم الاماء في اكثر أحكامها ففي الحد أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطها ولانها أمة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرة فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة فان كان القاتل رقيقا وجب القصاص عليه لانها اكمل منه وان جنت على عبد أو امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها أمة احكامها أحكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

(مسئلة) قال (وله تزويجها وان كرهت)

وجملته ان للرجل تزويج ام ولده أحبت ذلك أم كرهت وبهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لانها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لايملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه قيل له ان مالكا لا يرى تزويجها فقال وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبة فانه لايملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه ، وقولهم يزوجها الحاكم لايصح فان الحاكم لايزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته او عضله ولم يوجد واحد منها اذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له واذا عتقت بموته فان كان زوجها عبداً فلها الخيار ولانها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (واذا اسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها واجبر على نفقتها ان لم يكن لها كسب فان مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعتق

يصح استيلاد الكافر لامته كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم اسلمت لم تعتق في الحال ، وبه قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لاسبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن ونقل مهنا عن احمد مثل ذلك ، وعن احمد رواية أخرى انها تستسعى فان أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحقين حقها في ان لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها اذا لم تكن أم ولد .

ولنا انه اسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقا ولاسعاية كالعبد القن وماذكروه حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر فان في اعتاقها مجانا اضراراً بالمالك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لان فيه إحالة على سعاية لا يدرى هل يحصل منها شيء أولا؟ وان حصل فالظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والاولى أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي الى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم الى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بامرها ، وان احتاجت الى آجر أواجر مسكن فعلى سيدها وذكر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا حد على من قذفها)

هذا قول أكثر اهل العلم وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرة والاول اصح لانها امة حكمها حكم الإماء في أكثر احكامها ففي الحد اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطها ولانها امة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرة فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة ، وإن كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لانها أكمل منه ، وإن جنت على عبد او امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها امة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لايمنع القصاص كالمدبرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها)

انما كره لها كشف رأسها في صلاتها لانها قد اخذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها وقد سئل احمد رضي الله عنه عن ام الولد كيف تصلي ؟ قال تغطي رأسها وقدميها لانها لاتباع وكان الحسن

القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فان عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن لانها مملوكته ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كامته القن او ماقبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاد لا يمنع منها بدليل ماقبل اسلامها والاسلام لايمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لايمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لانه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وطيء احد الشريكين الجارية واولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسراً كان في ذمته)

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول أكثر اهل العلم ، وقال ابو ثور يجب عليه الحد لانه وطء محرم فاشبه وطء الامة الاجنبية .

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض ويفارق مالا ملك له فيه فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف نعلمه لماذكرنا في حجة أبي ثور فان وطئها ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء طاوعته أو اكرهها لان وطء جارية الغير يوجب المهر وإن طاوعت لان المهر لسيدها لايسقط

يجب للأمة اذا عهدها سيدها يعني وطئها ان لا تصلي إلا مجتمعة وإن صلت مكشوفة الرأس اجزأها لانها امة حكمها حكم الاماء ، قال ابراهيم تصلي ام الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة، وقد روي عن احمد رضي الله عنه رواية اخرى ان عورتها عورة الحرة وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء وانما خالفتهن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لايوجب تغير الحكم في عورتها كالمدبرة ولان الاصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ماينقل عنه من نص ولا ما في معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه

(مسئلة) قال (واذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)

وجملته ان ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لانها لايمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لوقتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم يجب القصاص عليها وهذاقول ابي يوسف وقال الشافعي عليهاالدية لانهاتصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها أ كثر من قيمتها كما لوجنت على أجنبي ولان اعتبار

بطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها، فاما ان أحبلها ووضعت مايتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للواطىء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق موسراً كان الواطىء أو معسراً لان الايلاد أقوى من الاعتاق.

وهذا قول الخرقي ويلزمه نصف قيمتها لانه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف فان كان موسراً أداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطىء زوجته فعلى هذا القول ان وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها لانه وطء صادف ملك الغير فاشبه وطء الامة الاجنبية فان كان عالماً فولده رقيق لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وان جهل ايلاد شريكه وانها صارت أم ولد له فولده حر لانه من وطىء شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لانه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره الخرقي

وقال القاضي الصحيح عندي أن الاول لايسري استيلاده إذا كان معسراً ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولدو نصفها قن باق على ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هـذا إذا ولدت يحتمل ان يكون الولد كله حراً ، واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقا كامه وكولد المعتق بعضها وبهـذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الاول من حر وقن ، ووجه القول الأول أن الاستيلاد أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الاعتاق

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل مالو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فانها انما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيره ولانها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفارق الحر فانه جنى وهو كامل وانما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه مالو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه واما ان قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وان كان لها منه ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف احمد رضي الله عنه عن هذه المسئلة في رواية مهنا، وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان لها منه ولد وله اولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله وقد نقل مهنا عن احمد رضي الله عنه انه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه والصحيح انه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن حقه منه والله أعلم والحمد لله وحده وصلى الله على محمد

(فصل) وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب (احدهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقي لان الولد خلق حراً فلم يلزمه قيمة ولده الحر (والثاني) يلزمه نصف قيمته لشريكه لان الوطء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم الا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطء لانها وضعته في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه لا يلزمه

﴿مسئلة﴾ وعند القاضي وأبي الخطاب ان كان الاول معسراً لم يسر استيلاده وتصير ام ولد لهما يعتق نصفها بموت احدهما) لانها ام ولد له وقد ذكرنا ذلك وان اعتق احدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين (احدهما) لا يسري عتقه لانه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي قد انعقد سببه بالاستيلاد (والثاني) يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو اولى واصح ان شاء الله تعالى .

(فصل) ولا فرق بين ان يكون في الأمة ملك قليل أو كثير فالحكم في ذلك واحد لان مالك اليسير يملك بعضها اشبه الكثير والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿تم الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير وبه تم الكتاب﴾

خاتمة الطبع

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على المصلح الأعظم بالآيات البينات ، والعلم النافع والحكم الباهرات : محمد رسول الله وخاتم النبيين ، وآله الطاهرين ، وأصحابه الهداة المهديين ، ومن تبعهم الى يوم الدين

أما بعد فانه قد تم طبع كتاب (المغني) في فقه الاسلام ، ومدارك المجتهدين من أئمته الأعلام ، مع كتاب الشرح الكبير المقتبس منه مع زيادة بعض الفوائد والاستدراكات ، وقد بينا مزايا الكتابين ووجوه الحاجة اليهما وترجمة مؤلفيهما في المقدمة التي نشرناها في الجزء الأول ، وقد بلغت أجزاؤهما ١٢ مجلدا كبيرا ولا يسعنا الا أن نعود في هذه الخاتمة الى الثناء على مسدي هذا الخير العظيم الى الامة الاسلامية بالأمر بطبعه والانفاق عليه من ماله الخاص به ، امام السنة ، ومحيي عدل الخلفاء وعلوم الائمة ، مؤسس المملكتين ، وخادم الحرمين الشريفين ، عبدالعزيز بن عبد الرحمن الفيصل آل سعود ملك الحجاز ونجد ، وعاهل العرب في كل غور ونجد ، أعزه الله تعالى وأعز به العرب والاسلام ، ونفع به الأنام ، وقد كان أمرنا أولا بطبع خمسمائة نسخة منه فقط ليوزعها على علماء نجد ، وأذن لنا أن نطبع منه ماشئنا على حسابنا لاجل نشره في سائر الأمصار ، وبعد صدور عدة أجزاء منه وكان قد استولى على الحجاز ، واتسع الباب لنشر مطبوعاته فيه وفي غيره من الاقطار ، فاشترى منا أكثر النسخ التي طبعناها لأجل البيع ، وكان قد اشتهر الكتاب في مصر وغيرها ، وصار يزيد عدد طالبيه فاضطررنا الى زيادة ما كنا نطبعه لمكتبتنا عما نحتاج إليه لتكلة نسخ الذين اشتروا الأجزاء الاولى وما زالوا يكثرون حتى اضطررنا الى إعادة طبع الاجزاء الأولى ، ولا شك أن لهذا الامام والملك الهمام ثواب الألوف من النسخ التي يوزعها على العلماء مجانا وثواب سائر النسخ التي يشتريها منا المنتفعون بهذا الكتاب الجليل لانه هو السبب في وجوده ، ولولاه لما أقدمنا ولا أقدم غيرنا على طبعه ، لان التجار لايقدمون على طبع اثني عشر مجلداً في الفقه لأحد فقهاء مذهب الامام أحمد بن حنبل مع قلة الحنابلة في الأمصار وفقرهم ، وقلة من يعلم ان هذا الكتاب هو في فقه الاسلام في جملته لا فقه الحنابلة وحدهم

وقد بذلت مطبعتنا الجهد في تصحيح الكتاب بالمقابلة على أحسن النسخ الخطية المحفوظة في خزائن المكتبة المصرية الكبرى العامة وهذه النسخ من وقف الملك المؤيد رحمه الله تعالى

ونسأل الله تعالى أن يثيبنا على ذلك وينفعنا نحن وسائر علماء المسلمين بهذا الكتاب النفيس . ولله الحمد أولا وآخرا .

صاحب مطبعة المنار ومكتبتها بمصر

محمد رشيد رضا

فهرس الجزء الثاني عشر من كتاني المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

تم الفهرس